UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

LA RESPONSABILITÉ
DES
MAGISTRATS
ENVERS LES PARTICULIERS

CONTRIBUTION A L'ÉTUDE DES SERVICES PUBLICS

Thèse pour le Doctorat

(Sciences politiques et économiques)

Soutenue devant la Faculté de droit de l'Université de Dijon le 16 décembre 1911, à 1 heure 1/2

PAR

Joseph BIDERMANN

AVOCAT

Président : M. DELPECH, *professeur.*

Suffragants : M. HUGUENEY, *agrégé.*
M. DE NESMES DESMARETS, *chargé de cours.*

BESANÇON

TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE JOSEPH JACQUES

—

1911

LA

RESPONSABILITÉ DES MAGISTRATS

ENVERS LES PARTICULIERS

UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

LA RESPONSABILITÉ
DES
MAGISTRATS
ENVERS LES PARTICULIERS

CONTRIBUTION A L'ÉTUDE DES SERVICES PUBLICS

Thèse pour le Doctorat

(Sciences politiques et économiques)

Soutenue devant la Faculté de droit de l'Université de Dijon le 16 décembre 1911, à 1 heure 1/2

PAR

Joseph BIDERMANN

AVOCAT

Président : M. DELPECH, *professeur.*

Suffragants : M. HUGUENEY, *agrégé.*
M. DE NESMES DESMARETS, *chargé de cours.*

BESANÇON

TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE JOSEPH JACQUES

1911

A MES PARENTS

A MES MAITRES

BIBLIOGRAPHIE

ACCARIAS. — *Précis de droit romain* (Paris, 1880-1891, 2 vol. in-8), t. II, p. 748.

ASSISES DE JÉRUSALEM. — Éditées par Beugnot (Paris, 1841, 2 vol. in-folio). — *Navarre*, ch. 87, t. I, p. 560. — *Ibelin*, ch. 110, t. I, p. 180.

BARTOLI (L.). — Du juge qui *litem suam fecit* (Thèse, Paris, 1909, in-8).

BEAUCHET (L.). — *Histoire de l'organisation judiciaire en France. Epoque franque* (Paris, 1886, in-8), p. 26 et s., 190 et s., 449 et s.

BEAUMANOIR. — *Les coutumes de Beauvaisis* (Paris, 1842, 2 vol. in-8). Édition Beugnot, ch. LXI, § 33 et s., t. II, p. 387 et s.; ch. LXII et s., t. II, p. 419 et s.

BIOCHE. — *Dictionnaire de procédure civile et commerciale* (Paris, 1867, 5e édit., 6 vol. in-8), au mot « Prise à partie ».

BOURDOT DE RICHEBOURG. — *Conférences des ordonnances de Louis XIV* (Paris, 1755, 2 vol. in-4).

— *Coutumier général* (Paris, 1724, 8 vol. in-folio).

BOUTARIC. — *Actes du Parlement* (Paris, 1863-1867, 2 vol. in-folio).

BRILLON (Jacques). — *Dictionnaire des arrests ou jurisprudence universelle des parlements de France* (Paris, in-folio, 1877, nouv. édition). T. II, mot « Déni de justice »; t. V, mot « Prise à partie ».

CARRÉ. — *Traité des lois, de l'organisation judiciaire et de la compétence des tribunaux civils* (1839, 6 vol. in-8), t. II, p. 307.

CARRÉ et CHAUVEAU, — *Lois de la procédure civile et commerciale* (1880-1888, 13 vol. in-8, 5e édit.), t. IV, questions 1800 et s.

CHAUVEAU et GLANDAZ. — *Formulaire de procédure civile* (Paris, 1855, 2 vol. in-8, 7e édit.), mot « Prise à partie », t. I, n° 441.

DEFONTAINES (Pierre). — *Le Conseil* de P. Defontaines (édit. J. A. Marnier, 1846, in-8), ch. XIII, § 6, p. 74; ch. XXII, p. 285.

DEROULÈDE (L.). — *De la prise à partie* (Thèse, Bordeaux, 1895, in-8).

DESJARDINS. — De l'effet de la prise à partie sur les décisions judiciaires. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1877, p. 615 et s.

DUGUIT. — *Manuel de droit constitutionnel* (Paris, 1907), p. 668.

DURAND (Yves). — *Du juge qui fait le procès sien* (Thèse, Paris, 1894, in-8).

ESMEIN. — *Cours élémentaire d'histoire du droit français* (7e édit., Paris, 1906), p. 257 et s.

GARSONNET. — *Traité théorique et pratique de procédure* (2e édit., 1898-1902, 8 vol. in-8).

GARSONNET et CÉSAR BRU. — *Précis de procédure civile* (6e édit., Paris, 1909), p. 651 et s.

GIRARD (P.-F.). — *Manuel élémentaire de droit romain* (2e édit., Paris, 1898, in-8), p. 623.

— *Histoire de l'organisation juridique des Romains* (Paris, 1901, in-8), p. 68.

GLASSON-COLMET DAAGE. — *Précis théorique et pratique de procédure civile* (1902, 2 vol. in-8), t. II, p. 207 et s.

GUÉRIN. — *De la responsabilité des magistrats publics en droit romain et français* (Thèse, Paris, 1883, in-8), p. 24 et s.

GUYOT. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* (Paris, 1784), t. XII, mot « Prise à partie ».

JOSTICE ET PLET. — *Le livre de « Jostice et Plet »*. Edit. Rapetti (1850), ch. III, § 7, p. 78; ch. XVI, § 1, p. 331.

JOURDAN, DERUSY, ISAMBERT. — *Recueil général des anciennes lois françaises* (Paris, in-8, 28 vol.).

JOUSSE. — *Commentaire sur l'ordonnance de 1667* (Paris, 1767, 2 vol. in-12), t. II, p. 407 et s.

LABOULAYE. — *Essai sur les lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des magistrats* (Paris-Leipzig, 1845), p. 23 et suiv.

LACOIN. — Rapports à la Société générale des prisons sur la responsabilité des magistrats et les garanties de la liberté individuelle. Publiés avec les discsusions, dans la *Revue pénitentiaire* des années 1901 (numéros de juillet et s.), 1906 (mars, avril, mai).

LESPINASSE. — De la prise à partie. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1880, t. IX, p. 593 et s.

MERLIN. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* (Paris, 1827-1828, 18 vol. in-4), t. XIII, mot « Prise à partie ».

MOMMSEN. — *Manuel des antiquités romaines. Le droit public* (Paris, 1892, 3 vol., traduct. P.-F. Girard), t. II, p. 261 et s., p. 382 et s.; t. III, p. 216. *Le droit pénal* (traduct. J. Duquesne, 3 vol.), t. III, p. 12 et 32.

MORIZOT-THIBAULT. — *De la responsabilité des magistrats*. Mémoire à l'Académie des sciences morales et politiques aux séances des 14 et 21 janvier 1905. Publié avec les discussions dans le « Compte rendu des séances et travaux » de cette Académie, 1905, 1er semestre, p. 562 et s.

MOURLON (Fr.). — *Répétitions écrites sur le Code de procédure* (4e édit., Paris, 1872), p. 422 et s.

MOURLON-NAQUET. — *Répétitions écrites sur le Code de procédure* (5e édit., Paris, 1885, un vol. gr. in-8), p. 797 et s.

OLIM. — *Les Olim*. Édit. Beugnot, Paris, 1839-1848 (4 vol. in-4).

PERREAU (H.). — *De la responsabilité civile et pénale des fonctionnaires publics en droit romain* (Bordeaux, 1894, in-8), p. 83 et s.

PETIT (E.). — *Traité élémentaire de droit romain* (5e édit., Paris, 1906), p. 468, p. 680 et s.

POULLAIN-DUPARC. — *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne* (Rennes, 1767-1771), t. X, p. 900 et s.

Procès-verbal des conférences tenues pour l'ordonnance civile de 1667 et l'ordonnance criminelle de 1670 (Louvain, 1700).

RODIÈRE. — *Cours de compétence et procédure civile* (1878), t. II, p. 141 et s.

ROUSSEAU-LAISNEY. — *Dictionnaire théorique et pratique de procédure civile* (2e édit., Paris, 1886), t. VII, mot « Prise à partie ».

SERPILLON (Fr.). — *Code civil ou commentaire de l'ordonnance de 1667* (Paris, 1776, in-4), p. 477 et suiv.

— *Code criminel ou commentaire de l'ordonnance de 1670* (Lyon, 1767, 2 vol. in-4, t. I).

THOMINE-DESMAZURES. — *Commentaire sur le Code de procédure civile* (Paris, 1832, 2 vol. in-4), t. I, p. 754 et s.

THONISSEN. — *L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la loi salique* (Bruxelles, 1882, in-4), p. 314 et s.

LA

RESPONSABILITÉ DES MAGISTRATS

ENVERS LES PARTICULIERS

INTRODUCTION

Parmi les troubles sociaux dont les événements contemporains nous offrent la manifestation, il en est un qui a particulièrement retenu notre attention ; c'est celui qui naît de l'abus ou, si l'on veut, plus simplement, de la faute judiciaire. Son processus est généralement uniforme. Au cours d'une instruction [1], le juge, par légèreté, négligence ou simplement par erreur, a arrêté à tort un innocent ; il l'a détenu des semaines dans les prisons ; il a compromis son honneur et sa fortune. Le non-lieu vient enfin. L'innocent est rendu à sa vie accoutumée sans que rien vienne réparer le dommage matériel, ni surtout la diminution morale, subis par lui du fait de son arrestation. Mais une sourde indignation ne tarde pas à s'élever tout à l'entour de lui, chez ses proches, ses amis, chez tous ceux qui, connaissant et estimant la victime, sont à même de mesu-

1. Les fautes des magistrats de jugement, pour être moins fréquentes et surtout moins saisissables ; pour n'atteindre, en général, que des intérêts matériels et provoquer, par suite, moins d'éclat, n'en sont pas moins possibles. Le même raisonnement leur est applicable, car la même irresponsabilité, nous le verrons au cours de cet ouvrage, les couvre. Si nous nous sommes contenté d'exposer à cette place l'exemple de la faute du juge d'instruction, c'est parce que, à notre avis, il est le plus typique.

rer la grandeur de l'injustice commise à son égard. L'émotion se propage, gagne la presse. Les journaux font campagne et l'affaire a son dénouement dans une interpellation ou une question au garde des sceaux qui promet des dépôts de projets de loi, des envois de circulaires, voire même des mesures disciplinaires. Cependant, des intérêts de la victime, nous ne nous apercevons pas qu'il en soit question dans tout ce bruit. Après comme avant, sa situation reste la même ; les dommages soufferts dans ses biens ou dans sa personne demeurent irréparés, et le juge, auteur de ce préjudice, ne lui est comptable de rien. C'est l'irresponsabilité des magistrats envers les particuliers qui éclate dans les faits.

Or, une telle irresponsabilité ne va pas sans froisser profondément notre conscience moderne. Si les juges peuvent impunément disposer de la fortune et de la liberté des citoyens, c'est donc qu'il subsiste, jusqu'en notre xx^{e} siècle, des retraites à l'arbitraire et au privilège.

D'où vient cette anomalie ? Quelles en sont : l'origine, les causes immédiates, l'étendue ? N'admet-elle aucun remède, et si elle admet des remèdes, quels sont-ils ? Autant de questions qui se pressent dans notre esprit et auxquelles nous nous sommes efforcé de répondre au cours de ce travail.

Donc nous avons étudié la responsabilité des magistrats envers les particuliers à travers les âges, persuadé que l'étude de « ce qui avait été fait » nous faciliterait la compréhension de « ce qui est » et la recherche de « ce qui doit être ».

Nous avons examiné ensuite cette responsabilité des magistrats telle qu'elle fonctionne à l'heure actuelle. C'est la prise à partie dans ses définitions légales, dans sa procédure, dans ses applications jurisprudentielles. Et c'est dans les complications et les lacunes de ce système que nous avons cru rencontrer la source même du mal.

Nous avons essayé enfin de redresser et de réédifier, en dégageant une théorie qui puisse assurer la responsabilité civile des magistrats sans apporter d'entrave à l'exercice de leur profession ni d'atteinte à leur dignité.

Cette triple division fournira le cadre naturel de notre étude. Nous n'en voulons pas aborder l'exposition, toutefois, sans préciser auparavant sa position vis-à-vis d'une question parallèle : celle de la responsabilité civile de l'État du fait de ses magistrats.

Car la responsabilité civile des magistrats, si large qu'on la conçoive et si étendue qu'on la réclame, laissera toujours en dehors de ses prévisions un certain nombre d'actes qui, dans l'hypothèse la plus favorable aux particuliers : l'hypothèse d'une responsabilité des magistrats basée sur l'article 1382 du Code civil, se ramèneront à tout le moins aux actes de fonction proprement dits. C'est là une lacune fort regrettable pour la sécurité des justiciables. Or, à cette lacune, il y a un remède : c'est la responsabilité civile de l'État du fait des magistrats.

Contesté pendant longtemps au criminel [1] et au civil [2], ce principe fut néanmoins consacré par la loi du 8 juin 1895

1. En 1876, Labbé écrivait : « La justice répressive est organisée le mieux possible dans l'intérêt de tous. La chance d'être arrêté, poursuivi, par suite d'une erreur, sans avoir droit à une indemnité, est un sacrifice que chacun fait à l'intérêt de l'État qui est l'intérêt de tous. » (Note sous Cass., 14 juin 1876. S., 77, I, 193.) Mais M. A. Le Poittevin retourna judicieusement cet argument dans la suite, disant : « La machine judiciaire fonctionne dans notre intérêt à tous. Nous devons donc (nous, c'est-à-dire l'État au moyen des impôts) supporter les risques de son fonctionnement, lorsqu'elle prend quelqu'un illégalement ou à tort dans son engrenage, même sans aucune faute reprochable (au juge). » (*Discussion rapport Lacoin*, *Revue pénitentiaire*, juill. 1901, p. 1190 et suiv.)

2. La réparation de l'erreur judiciaire au civil de la part de l'État demeure toujours contestée. M. E. Devèze (*De la responsabilité civile de l'État en cas d'erreur judiciaire*. Paris, in-8, 1897, p. 153 et 155) nous expose les raisons de cette exclusion : 1° au civil, le procès roule sur une question d'intérêt secondaire, d'ordre pécuniaire; tandis qu'au criminel, il intéresse les intérêts primordiaux de l'individu : vie, honneur, liberté; 2° au civil, l'État ne joue pas un rôle actif, direct, de poursuivant (en général du moins) comme

(art. 446 nouveau du C. i. cr.) pour ce qui est de la réparation des erreurs judiciaires au criminel. Il fut consacré, le fait est à remarquer, non comme l'affirmation pour l'État d'un devoir moral d'assistance qui, purement bénévole, viendrait tempérer envers le condamné innocent les rigueurs de l'irresponsabilité, mais bien comme la reconnaissance d'une obligation juridique certaine de l'État envers les particuliers et comme l'application, à son égard, des règles générales de la responsabilité [1].

« En pareil cas, dit en effet M. Duguit [2], il y a eu faute du service judiciaire, peut-être très légère, peut-être excusable, peut-être même les circonstances étaient telles qu'on ne peut pas parler de faute des agents judiciaires, parce que la culpabilité paraissait évidente ; quoi qu'il en soit, il y a eu violation du droit puisqu'on a condamné un individu reconnu innocent; on l'a condamné dans l'intérêt social, il est de toute justice que la réparation du préjudice (dans la mesure où elle est possible) soit supportée par le patrimoine social. »

Le principe ainsi posé, il n'y a pas de raison de s'attarder à la situation présente, d'après laquelle la loi, faisant un choix quelque peu arbitraire, délimite certaines catégories de préjudices ouvrant le droit à indemnité et laisse, pour toutes les autres catégories, l'État se soustraire à la responsabilité dont elle-même a affirmé le caractère obligatoire. Il est à souhaiter, au contraire, que le législateur

au criminel, où cette intervention justifie seule le droit à réparation de l'innocent condamné.

Des arrêts ont consacré l'irresponsabilité de l'État pour faits judiciaires, notamment : conseil d'État, 8 janv. 1875 (D., 75, III, 116. S., 77, II, 277).

1. Cf. L. Roger, *De la responsabilité civile de l'État* (Paris, 1900, in-8), p. 78 et suiv.; M. Rajon, *La responsabilité de l'administration du chef de ses agents* (Lyon, in-8, 1906), p. 43; P. Tirard, *De la responsabilité de la puissance publique* (Paris, in-8, 1906), p. 161; Rapport de M. Béranger au Sénat dans A. Bérat, *De la réparation des erreurs judiciaires* (Paris, 1896, in-8), p. 29 et p. 17 et suiv.

2. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, t. I, p. 668.

« fasse un nouveau pas dans la voie qu'il a si heureusement ouverte [1] » ; que non seulement il accorde la réparation de l'erreur judiciaire consommée dans une condamnation, mais qu'il indemnise encore toute appréhension injustifiée d'un citoyen par les magistrats, au cas où ceux-ci n'ont commis aucune faute personnelle, au criminel du moins pour commencer, puisque l'état des esprits semble peu préparé à admettre en ce moment semblable innovation au civil [2].

C'est dans ce sens d'ailleurs que s'expriment un certain nombre d'auteurs contemporains. Ils réclament la réparation de l'État, non seulement au cas d'acquittement ou de non-lieu [3], mais aussi pour toute arrestation illégale ou arbitraire [4]. Et dans leur intention, le caractère de la faute du juge ne doit compter pour rien dans l'attribution de la responsabilité à l'État, celui-ci étant passible, dans tous les cas, de la réparation du dommage, sauf son recours subsidiaire contre les magistrats, s'il y échet. Le projet Clémenceau, dans son article 22, et la première rédaction

1. P. Tirard, *loc. cit.*, p. 161.

2. Peut-être pourrait-on faire un premier pas, au civil, en déclarant l'État responsable de toutes les fautes de fonction autres que les erreurs de jugement, réservant ainsi le principe séculaire de l'appel et de l'autorité de la chose jugée.

Sur les objections à l'extension de la responsabilité de l'État aux erreurs civiles, voir note 2, p. 3.

3. « Nous dirons que le droit à l'indemnité est acquis toutes les fois que, par n'importe quel moyen, le juge d'instruction se convainc de l'innocence de l'inculpé. » E. Devèze, *loc. cit.*, p. 118; même sens : Sergent, *La magistrature et les codes* (Paris, 1885, brochure in-8, collection Essais de critique législative; extr. de la *France judiciaire*). — Les cantons de Vaud et Tessin consacrent semblable disposition. Cf. *Rev. pén.*, févr. 1901, p. 274.

4. Les conclusions de la première section de la Société des prisons, sur le rapport Lacoin, contenaient la disposition suivante : « VII. Dans tous les cas où une arrestation, une détention ou une perquisition aura été opérée en dehors des conditions, sans les formes ou après l'expiration des délais fixés par la loi, l'État sera tenu de réparer le dommage qui en sera résulté. » *Rev. pén.*, juill. 1901, p. 1174. M. Lacoin, dans son rapport (*ibid.*, p. 1192); M. Jolly, dans la discussion (*ibid.*, p. 1187-1189), avaient émis un vœu analogue qui prévoyait en outre le recours subsidiaire de l'État contre le magistrat.

du projet de loi sur la liberté individuelle, votée à la séance du Sénat du 9 février 1909 (art. 7), consacraient ce système.

D'aucuns vont même plus loin qui prétendent substituer totalement la responsabilité civile de l'État à la responsabilité civile des magistrats. MM. Brégeault et Lebon se sont faits, lors des discussions de la Société générale des prisons, les défenseurs les plus convaincus de cette idée [1]. Si, disent-ils, cette question de responsabilité est avant tout une question de réparation, c'est bien l'État qui doit être déclaré responsable, car il est le seul qui puisse assurer efficacement la réparation, Il y a, en effet, à l'endroit du magistrat, des risques d'insolvabilité qui peuvent rendre la prise à partie illusoire et qui ne sont jamais à redouter de la part de l'État. Bien plus, si l'on veut aller au fond des choses, l'État apparaît réellement comme le véritable débiteur : « Le magistrat n'est qu'un fonctionnaire nommé et choisi par l'État ; l'État ne doit-il pas être responsable des fautes de ses agents ? » Assurément. Au même titre qu'il est responsable de l'administration de n'importe quel service public, il est responsable de l'administration de la justice. D'ailleurs, une telle substitution de responsabilité aurait ce résultat bienfaisant d'écarter des magistrats de poursuite toute menace de responsabilité susceptible de paralyser leur action ; sans pour autant les rendre absolument irresponsables, car l'État disposera toujours, dans les cas les plus graves, de moyens suffisants de répression.

M. Garçon, par contre, combattit vivement cette thèse en faisant valoir la légitimité de la responsabilité personnelle des magistrats, et ses avantages, pour autant qu'elle rehausse la magistrature dans l'opinion, témoigne que les juges ne commettent point de fautes impunément et

1. *Rev. pén.*, juill. 1901, p. 1152 et suiv.

constitue à l'égard du juge même un avertissement « salutaire [1] ».

De fait, toutes les nécessités d'intérêt social et d'ordre public que nous aurons occasion d'exposer au cours de cette étude, et qui sont les raisons profondes de la responsabilité civile des magistrats, s'élèvent contre les prétentions des partisans de la responsabilité exclusive de l'État. Car il n'est point exact de dire, à notre avis, que cette question de responsabilité soit *exclusivement* une question de réparation et que la meilleure méthode de réparation doive l'emporter sur la meilleure méthode de répartition des responsabilités. L'ordre social exige quelque chose de plus qu'une réparation strictement équivalente au dommage causé par l'abus judiciaire ; il exige que cette réparation émane, autant que cela est possible, de celui qui fut l'agent initial du préjudice, parce que c'est dans cette imputation que résident toutes les garanties morales de la responsabilité. La responsabilité, en effet, n'est pas une question d'équilibre d'intérêts matériels plus ou moins bien établi, c'est avant tout une question de relation entre les individus envisagés dans leurs droits réciproques. C'est une question de justice sociale. Or, il y a un axiome de justice qui dit que celui-là seul doit porter le poids d'une faute qui en est moralement responsable [2], et c'est un axiome au même titre que celui-ci : toute faute réclame réparation.

Or, on ne peut dire dans l'espèce que l'État soit, quoi qu'on en allègue, responsable dans tous les cas des fautes de ses subordonnés. Pas plus en matière de responsabilité des magistrats qu'en matière de responsabilité des fonc-

1. *Rev. pén.*, juill. 1901, p. 1153.

2. « Dans la tradition française, qui se rattache aux doctrines de la philosophie spiritualiste, la possibilité de condamner une personne à raison d'une faute suppose que cette personne est moralement responsable de ses actes. » M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, p. 287, n° 878 (4e édit., Paris, 1907).

tionnaires administratifs [1], l'État ne doit être déclaré tenu des fautes qui sont personnelles à ses agents, puisque ces fautes ne peuvent être considérées comme des actes rentrant dans l'exercice normal de leurs fonctions, ce qui est la condition essentielle de la responsabilité du mandant, du fait de son mandataire (art. 1998, al. 2, C. civ.). Seules peuvent lui être imputées les fautes de fonction, celles qu'engendrent directement les risques inséparables de la mise en œuvre des services publics et qui vicient l'exercice régulier de ces services. Car si le juge n'est pas, nous le verrons, débiteur de justice, rien ne prouve que l'État n'en soit pas, lui, débiteur [2], et que, dès lors, les principes habituels en matière de responsabilité ne puissent jouer à son égard.

Responsabilité pour fautes de fonction, irresponsabilité pour fautes personnelles, la responsabilité de l'État devient ainsi un complément très efficace de la responsabilité des magistrats. Nous croyons qu'il faut s'en tenir là et ne point, sous prétexte d'ajouter une garantie, rendre l'État responsable dans tous les cas, même en réservant son action récursoire, le cas échéant, contre le magistrat fautif. Car agir ainsi, c'est déplacer l'axe de la responsabilité des magistrats et fausser, sans nécessité sérieuse, le bon fonctionnement de cette institution. C'est de plus, au premier chef, une faute contre la logique [3].

1. Il ne nous appartient pas d'exposer, ici, la théorie générale de la responsabilité civile des fonctionnaires, basée sur la distinction de la faute de fonction ou de service et de la faute personnelle. Nous nous bornerons à renvoyer le lecteur aux développements que nous avons donnés, sur cette théorie et sur la distinction précitée, dans le chapitre II de notre *troisième partie* qui traite des réformes désirables en matière de prise à partie.

2. Dès qu'une erreur judiciaire est établie, l'État se doit de la réparer. La loi de 1895 a établi ce principe. Donc, on peut dire qu'à ce point de vue, l'État est débiteur de justice.

3. M. Ribot, dans son discours au Sénat, dans la séance du 2 mars 1909, disait en ce sens : « Vous amenez le magistrat devant la justice. C'est lui qui plaide, c'est lui qui se défend, et vous ne prenez aucune conclusion contre lui, mais seulement contre l'État. Vous dites : sauf recours contre le magistrat.

Que si l'on tient à prévenir les dangers de l'insolvabilité du juge, il y a un moyen bien simple : engager par un texte spécial la responsabilité subsidiaire de l'État, mais sa responsabilité subsidiaire seulement. Cela est facile, et au lieu de compromettre l'édifice, ne fait que le couronner. C'est à ce raisonnement d'ailleurs que se rendit le Sénat, sur les instances de M. Ribot, dans le vote en seconde lecture du projet de loi sur la liberté individuelle (art. 7. Séance du 2 mars 1909).

Cette esquisse préliminaire du rôle de l'État dans le partage de responsabilité qui doit se faire entre lui et le magistrat était indispensable pour nous faire envisager dans toute son ampleur le problème de la réparation du tort causé par les actes juridictionnels.

Cela posé, nous revenons à la responsabilité civile des magistrats qui constitue l'objet propre de notre ouvrage. Nous avons entrepris cette étude avec la conviction que l'établissement d'une meilleure organisation de la responsabilité du corps judiciaire envers les particuliers ne saurait, en aucune façon, revêtir vis-à-vis de lui les apparences d'un acte de méfiance. Ce serait un acte de justice, tout simplement ; à la réalisation duquel, selon les paroles de M. le conseiller Mourral [1], les magistrats eux-mêmes ne pourraient que « gagner en dignité et en indépendance », puisqu' « ils seraient plus forts pour résister aux passions

Mais alors, si telle était votre pensée, il faudrait faire ce qu'on a proposé dans un projet de loi déposé à la Chambre des députés en ce qui concerne la responsabilité des instituteurs. Il est dit, dans ce projet, que l'État prend fait et cause pour l'instituteur, sauf à exercer un recours contre ce dernier. C'est bon ou mauvais, mais on est logique. Le procès est fait non pas à l'instituteur, mais au préfet représentant l'État.... Vous faites, vous, le procès au magistrat ; c'est avec lui qu'on plaide, c'est lui qui est condamné moralement, et quand on arrive à la fin, il y a une défaillance : on oublie de mettre le dispositif d'accord avec les prémisses. Le magistrat ne sera pas condamné, mais l'État, qui est une personne généreuse, aura à payer des dommages-intérêts » (*Journ. off.*, 3 mars 1909. *Doc. parl.*, p. 92 et suiv.).

1. M. le conseiller Mourral, dans la discussion du rapport Lacoin. *Rev. pén.*, mai 1906, p. 697.

plus ou moins directes dont ils peuvent être l'objet, s'ils pouvaient opposer la responsabilité que leur ferait encourir l'acte qu'on leur demande ; de même leurs décisions auraient plus de force et prêteraient moins à la critique lorsque l'on saurait qu'elles n'ont été rendues qu'en connaissance de la responsabilité qui peut en découler. »

PREMIÈRE PARTIE

HISTORIQUE

CHAPITRE PREMIER

DROIT ROMAIN

Pour se rendre un compte exact de la responsabilité civile des magistrats romains, il faut, soucieux de respecter la grande division *in jure* et *in judicio* qui domine l'histoire de la procédure jusqu'à la fin du IIIe siècle de notre ère, l'envisager successivement dans la personne du *judex* et du magistrat.

SECTION Ire

La responsabilité civile du judex

§ 1er. — *Cas où le judex « litem suam facit »*

Le *judex*, désigné dans la première phase de la procédure : *in jure*, a pour mission de statuer, d'après les éléments de fait, sur le litige, et ses obligations se ramènent, d'après M. Petit [1], à trois principales. Il doit : 1° prononcer la sentence dans un délai donné ; 2° se conformer à la formule du magistrat ; 3° juger selon les principes du droit.

C'est sur ces trois branches d'obligations dès lors que se greffent les règles secondaires dont la violation engagera

1. E. Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, p. 681.

la responsabilité du *judex* vis-à-vis de ses justiciables et fera dire qu'*il a fait le procès sien, litem suam fecit.*

Cela se présente notamment :

1er cas : lorsqu'il néglige, sans motif, de venir juger. Sa désignation est solennelle. Elle a lieu selon les rites sacramentels des actions de la loi qui exigent que les parties, après avoir engagé l'affaire, reviennent trente jours plus tard recevoir, *in jure*, leur juge [1]; et dans la suite, c'est elle encore qui occupe la première place dans la formule impérative du magistrat [2]. On conçoit donc que la Loi des XII Tables fasse porter au *judex* la responsabilité d'une négligence qui, en même temps qu'elle lèse les particuliers, constitue un refus d'acquitter une charge publique [3]. Cette responsabilité pourtant n'est pas sans tempérament; car lorsque sa conviction n'est pas encore formée, « rem sibi non liquere jurando », le *judex* peut se dispenser de statuer sans avoir à supporter la peine de la loi [4].

2e cas : lorsque le *judex* méconnaît les règles relatives au jour et à l'heure du jugement. Il ne peut en effet obliger les parties à se rendre, hors leur bon gré, *in judicium*, soit un jour férié, soit à une heure illégale, sous peine de voir tomber son jugement et de faire le procès sien [5].

3e cas : lorsque le *judex* viole les délais légaux. Deux sortes de délais s'imposent au *judex* sous la procédure formulaire : un délai de dix-huit mois, d'après la loi *Julia judiciaria*, pour les procès entre citoyens, à Rome; et un délai de même durée que les pouvoirs du magistrat qui avait délivré la formule, lorsqu'un des plaideurs était pérégrin, ou que l'affaire se plaidait hors de Rome. S'il les laisse périmer sans rendre sa sentence, le droit des parties,

1. Lex Pinaria. Petit, *loc. cit.*, p. 656.
2. Petit, *ibidem*, p. 670.
3. « Inde ad comitium vadunt, ne litem suam faciant. » Macrobe, *Saturn....*, 2, 12.
4. Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, cité par Déroulède, *De la prise à partie*, p. 3.
5. L. Bartoli, *Du juge qui « litem suam fecit »*, p. 26.

de par l'effet de la *litiscontestatio*, se trouve épuisé et le juge est réputé faire le procès sien [1].

4e cas : lorsque le *judex* viole la formule du magistrat. La mission du *judex* dans l'élaboration de la sentence se borne à l'appréciation des points de fait, dans les limites tracées par les indications de la formule. Il ne lui appartient point de modifier ces indications de quelque façon que ce soit, mais il doit les suivre rigoureusement, « fallût-il pour cela violer et la loi et le sens commun [2]. » Chaque fois qu'il méconnaît cette prescription, le juge fait le procès sien. Cela s'induit d'un texte de Gaïus, spécial à la *condemnatio*, qui est ainsi conçu : « Debet autem judex attendere, ut, cum certæ pecuniæ condemnatio posita sit, neque majoris, neque minoris summa petita condemnet, alioquin litem suam facit [3]. »

5e cas : lorsque le *judex* viole le droit et la loi. La règle précédente, faisant du respect de la formule la loi suprême du *judex*, explique qu'on n'ait rencontré que fort tard la responsabilité du juge engagée envers les particuliers pour violation des textes et des principes du droit. Posé de bonne heure sans doute, ce principe n'eut de portée pratique véritable qu'à l'époque où, sous Dioclétien, la réunion se fit dans la même personne des fonctions du juge et du magistrat [4]. Le premier devoir des juges, alors, devint de statuer selon ce qui est prescrit par les lois, les constitutions et les mœurs [5]. Quiconque s'en écarte de mauvaise foi, « cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit », doit fournir composition à celui qu'il lèse et est frappé d'infamie : « veram æstimationem, ei quem læsit, prestat et infamis sit [6]. » Et est réputé agir par dol le *judex* qui

1. Yves Durand, *Du juge qui fait le procès sien*, p. 45.
2. Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 748.
3. Gaïus, IV, § 52.
4. Yves Durand, *loc. cit.*, p. 53 et suiv.
5. Institutes, *De officio judicis*, IV, 17.
6. Cujas, sur les lois 15 et 16 au Digeste : *de judiciis*.

est convaincu de complaisance, d'inimitié ou de concussion. Des pénalités très dures, qui partant de la mort sous la Loi des XII Tables vont s'adoucissant jusqu'au Bas-Empire, frappent en outre la corruption du *judex* et même la simple tentative de corruption hors de tout jugement.

Au surplus, les Romains ne se sont point arrêtés là dans la voie de la protection des plaideurs contre les illégalités des juges mais ils ont, dans une certaine mesure, assimilé, en cette matière, l' « imprudentia » (mot qui implique à la fois l'idée d'ignorance et de témérité [1]) au dol : « licet per imprudentiam ideo videtur quasi ex maleficio teneri [2]. » Toutefois, il n'y a pas là une assimilation absolue et un certain pouvoir d'appréciation est laissé au magistrat qui décidera de la réparation ; « quod religioni judicantis æquum videtur, præstat, » dit Cujas [3]. On peut remarquer en outre que cette sévérité se tempère de ce fait que le *judex* siégeait en général assisté d'assesseurs, partageant vraisemblablement sa responsabilité [4], et que par conséquent son *imprudentia* ne pouvait provenir que d'une faute grave et volontaire de sa part.

Tels sont les cas où le juge fait le procès sien. La responsabilité qui découlait pour lui, de ce fait, a varié avec les époques.

§ 2. — *Responsabilité du juge qui « litem suam fecit »*

Au début, le juge voyait peser sur sa personne les risques du procès ; « l'affaire était renvoyée devant un nouveau

1. « L'imprudence ou l'ignorance manifeste du droit qui, en droit romain, dit Loyseau, est le contraire de la prudence ou jurisprudence. » *Des offices.* Œuvres, t. I, n° 37.

2. Dig., L. 7, 5, § 4.

3. Cujas, L. 9 *Cod. de veteri jure enucleando ;* de pœnis qui male judicabunt.

4. H. Perreau, *De la responsabilité civile et pénale des fonctionnaires publics en droit romain*, p. 92.

juge et l'ancien était mis aux lieu et place du défendeur [1]. » C'était là un mode de réparation très rudimentaire et souvent inefficace, puisque le demandeur, après avoir souffert de la complicité du juge avec le défendeur primitif ou de la nullité de la sentence, n'en pouvait pas moins perdre son procès contre le juge qui l'avait fait sien.

On pourrait objecter, en second lieu, que cette mise en cause du juge ne présentait pas grand intérêt dans le cas où la faute du juge entraînait *ipso facto* la nullité de la sentence ou dans ceux où la voie d'appel était ouverte contre la sentence. Ferrière [2] va même jusqu'à prétendre qu'en cette dernière hypothèse, la mise en cause du juge n'était jamais admise, puisqu'elle était un moyen extraordinaire, alors que le moyen ordinaire, l'appel, était possible et donnait toute faculté de réparer le grief causé par le premier juge.

On répond à cela, d'abord, que la nullité de la sentence irrégulière, pour découler immédiatement de la faute du *judex*, n'en obligeait pas moins le plaideur, qui prétendait s'en prévaloir en vue de faire reconnaître son droit, à réitérer son instance. Or cette réitération, qui n'allait jamais sans entraîner des frais et des risques nouveaux, était impossible dans un grand nombre de cas où le délai, départi pour l'exercice de l'action primitive, se trouvait être, à ce moment, périmé [3]. En second lieu, dans l'hypothèse où son adversaire était insolvable ou sans garanties, le plaideur lésé pouvait avoir tout intérêt à agir contre un juge solvable plutôt que d'exciper de sa nullité ou même d'engager la procédure de l'appel à l'encontre d'un partenaire insolvable [4].

1. Ed. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains* (Paris, 1904, in-8), p. 438.
2. Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*. Paris, 1762, cité par Déroulède, *loc. cit.*, p. 3.
3. Bartoli, *loc. cit.*, p. 44.
4. Ortolan, *Explications historiques des Institutes de Justinien*, n° 1784.

Quoi qu'il en soit, on ne trouve pas trace dans le premier état du droit d'une mesure qui implique la volonté de faire supporter au *judex* le préjudice direct et indirect que sa faute a pu occasionner. La condamnation y est strictement équivalente à l'intérêt en litige, « à la somme que le demandeur aurait réclamée au défendeur, si celui-ci avait été condamné [1]. »

Dans la suite, au contraire, et sous l'influence du droit prétorien, cette procédure se trouva transformée en une action directe *in factum* contre le juge, à raison du quasi-délit par lui commis. En effet, parmi les quatre exemples d'obligations quasi délictuelles donnés par Gaïus et Justinien, se rencontre l'action prétorienne *in bonum et æquum concepta* donnée contre le juge qui a fait le procès sien [2]. M. Girard estime que la condamnation est, par suite, égale dans tous les cas au préjudice causé [3]. Nous croyons, pour notre part, qu'il importe de distinguer : si le juge a mal jugé « per imprudentiam », une certaine latitude d'appréciation était laissée au nouveau juge saisi de l'affaire, « et in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur pœnam sustinebit [4] » ; au cas de dol, au contraire, les dommages-intérêts doivent compenser la valeur même du litige, « ut veram æstimationem litem præstare cogatur [5]. » Et cela embrasse toutes les conséquences prévues et non prévues du préjudice causé, avec les frais dans le dernier état du droit. Si même c'est un *filiusfamilias* qui est coupable, il peut être tenu jusqu'à concurrence de son pécule [6].

1. Yves Durand, *loc. cit.*, p. 62.
2. P.-F. Girard, *Manuel elémentaire de droit romain*, 2e édit. (in-8, Paris, 1898), p. 623.
3. Id., *ibid.*
4. Inst., IV, 5. Cf. Cujas, *prœcit.*, p. 16, note 3.
5. Dig., 15, I. Cf. Yves Durand, *loc. cit.*, p. 64.
6. En ce sens : Déroulède, p. 7, et Perreau, p. 93, *loc. cit.* Mais ce point est controversé : Bartoli, *loc. cit.*, p. 67.

L'action quasi délictuelle, personnelle au juge dans le principe, pouvait s'exercer pourtant contre ses héritiers chaque fois qu'il décédait après la *litiscontestatio;* car la *litiscontestatio* avait pour effet de faire changer la procédure de nature en la rendant contractuelle et, par conséquence, d'obliger les héritiers. On en vint plus tard à accorder l'action contre les héritiers, dans tous les cas, jusqu'à concurrence de leur enrichissement, « en vertu du principe général que nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui [1]. »

C'est ainsi que, progressivement, par une évolution logique de leur tempérament juridique, les Romains en arrivèrent peu à peu à édifier, au profit des particuliers, une action de sauvegarde et de réparation contre le juge qui avait failli à sa mission [2].

SECTION II

La responsabilité du magistrat

§ 1er. — *Cas de responsabilité des magistrats*

Avant le *judex*, juge définitif du litige, nous avons vu apparaître le magistrat qui, dans sa formule rigide et inviolable, fixe le cadre de la sentence. Indépendants pour une grande mesure du peuple et du Sénat qui sous la Répu-

1. Bartoli, *ibid.*, p. 60. Durand, *loc. cit.*, p. 63.

2. A côté du *judex*, on pouvait envisager la situation de l'arbitre *ex compromisso* qui, choisi par les parties, n'avait point été investi par le magistrat et dont les décisions de ce chef n'avaient de valeur qu'autant que les parties voulaient bien les exécuter. Le caractère facultatif de son ministère et son caractère privé qui le faisait appeler par les commentateurs du droit romain « non judex sed simia judex », nous permettent de croire que les règles du juge qui fait le procès sien ne lui étaient pas applicables. Les seuls cas où il pouvait engager sa responsabilité se rencontraient lorsqu'il dépassait les pouvoirs du compromis ou lorsque sa sentence était entachée de dol. Cf. Bartoli, *loc. cit.*, p. 12 et 66.

blique se partageaient les deux grandes fonctions législatives et judiciaires, les magistrats romains « formaient comme un troisième pouvoir [1] » réunissant des attributions, à la fois administratives et judiciaires, considérables. Mais leur puissance n'alla pas sans être tempérée des nombreuses garanties que ne tardèrent pas d'édifier les lois romaines.

De ces garanties, les unes étaient préventives comme l'élection, la pluralité des magistrats et des charges, le fractionnement des pouvoirs, l'annualité des fonctions [2], le serment de respecter les lois prêté à l'entrée en charge [3] ; les autres répressives, comme la *vis majoris imperii* ou droit d'interdiction et de coercition des magistrats supérieurs sur les inférieurs relativement à un acte quelconque de leurs attributions, le principe *par majorve potestas plus valeto,* en vertu duquel l'acte d'un magistrat, notamment dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, peut être, sur l'*appellatio* du citoyen lésé, soumis à l'*intercessio* d'un magistrat de degré égal ou supérieur [4].

Ces garanties, d'ordre général, tendent à régulariser chez les magistrats l'exercice de leurs fonctions administratives autant que celui de leurs fonctions jurisdictionnelles. Si nous nous arrêtons à l'exercice de ces dernières, tout spécialement, nous ne tarderons pas à apercevoir que les systèmes de procédure en vigueur à Rome ne laissent pas au magistrat une bien grande liberté d'action. « Son rôle est un rôle d'assistant purement passif, au moins à peu près mécanique. Il doit être là, prononcer les paroles que la loi ordonne de prononcer. Mais c'est à peu près tout. Il ne peut ni accorder l'action quand la loi ne l'accorde pas, ni, à notre

1. Laboulaye, *Essais sur les lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des magistrats* (Paris-Leipzig, 1845), p. 23.

2. Guérin. *De la responsabilité des magistrats publics en droit romain et français* (Paris, 1883, in-8), p. 24 et suiv.

3. Mommsen, *Droit pénal romain*, t. III, p. 216.

4. P. Willems, *Le droit public romain* (Louvain, 1888, in-8), p. 228 et suiv.

sens, la refuser quand la loi la donne [1].... » Néanmoins, le magistrat devra répondre de ses actes judiciaires comme de tous ceux qui rentrent dans l'exercice de ses attributions, car, s'il hérite des pouvoirs dévolus aux rois primitifs, il n'hérite pas de leur irresponsabilité. Son mandat terminé (sous la République, du moins, la magistrature a un caractère nécessairement temporaire [2]), le magistrat « n'est plus qu'un particulier qui peut, comme tout autre particulier, être poursuivi au criminel et *au civil* à raison de ses actes passés [3]. »

Au criminel [4], il existait toute une série de mesures qui prévoyaient les divers abus de pouvoir auxquels peuvent se laisser entraîner les magistrats. C'était, entre autres : l'*actio ne quis judicio circumveniretur* de la loi Cornelia qui punissait toute manœuvre du magistrat tendant à faire comparaître ou condamner, devant une juridiction criminelle, un innocent ; le *crimen majestatis* et le crime de *péculat*, réprimant les offenses contre le peuple romain et les vols des objets, propriété de l'État ; c'était aussi l'action mixte *repetundarum* contre la concussion, et que nous étudierons tout à l'heure.

La responsabilité civile des magistrats était également assurée. Les citoyens disposaient à cet égard des actions de droit commun qui pourvoyaient à la sauvegarde de l'honneur et du patrimoine des particuliers. « Il n'a jamais été contesté en droit, écrit à ce sujet Mommsen, que l'action civile est admissible à raison du *furtum*, au sens large dans lequel l'entend le droit romain ; à raison du *damnum injuria datam ;* à raison de l'*injuria*, c'est-à-dire, en général, de toutes les soustractions ou détériorations

1. Girard, *loc. cit.*, p. 952, et idem, *Histoire de l'organisation juridique des Romains*, p. 68.
2. Mommsen, *Droit public des Romains*, t. II, p. 261.
3. Girard, *Hist. org. juridiq. des Rom.*, p. 53.
4. Sur ce point : Perreau, *loc. cit.*, p. 19 et suiv., et l'ouvrage précité de M. Laboulaye.

des biens et de toutes les atteintes à l'honneur, *quand bien même ce serait en qualité de magistrat que l'inculpé aurait commis le délit* [1]. »

Parmi ces actions, l'*injuria* et le *furtum* supposent chez l'auteur du dommage l'intention frauduleuse ; le *damnum injuria datum*, au contraire, n'exige qu'un fait illicite résultant d'une simple faute.

L'*injuria* prévoit toute atteinte portée, sans droit, à la personne. D'où la possibilité de son exercice à raison de tout excès de pouvoir frauduleusement commis par un magistrat contre la personne de ses justiciables. C'est ainsi que nous voyons poursuivi pour délit d'injure, en l'an 584 de Rome, le préteur C. Lucretus, qui avait fait jeter arbitrairement en prison trois femmes de Thisbée en Béotie [2]. Peu importe, d'ailleurs, que ce soit comme homme privé ou sous le couvert de son mandat public que le magistrat commette cet abus [3]. Dans tous les cas, la sanction est la même. Elle consiste dans une réparation pécuniaire proportionnée au dommage causé.

Le *furtum* consiste d'une façon large dans « le maniement frauduleux d'une chose contre le gré du propriétaire, avec intention de tirer bénéfice de la chose même, de son usage ou de sa possession [4] ». Outre les différentes actions en restitution qu'il ouvre en faveur de la victime, une action *furti* proprement dite le sanctionne, qui a pour objet d'accorder réparation à cette victime, au double ou au quadruple selon les cas, du dommage causé par le vol. Dans le même ordre d'idées, le magistrat qui avait usé

1. Mommsen, *Droit public des Romains*, t. II, p. 384. Par exception pourtant, les censeurs échappaient à toute responsabilité à raison de leurs actes officiels (id., *ibid.*, p. 383).

2. Perreau, *loc. cit.*, p. 83.

3. Ulpien : « Si quid igitur per injuriam fecerit magistratus, vel quasi privatus, vel fiducia magistratus injuriarum potest conveniri. » D. 47, 10, 33, cité par Perreau, *ibid.*, p. 83.

4. Petit, *loc. cit.*, p. 456.

d'intimidation ou de violence pour se procurer des gains ou avantages illicites s'exposait à rembourser, en toute hypothèse, le dommage causé, et parfois même à en rembourser le quadruple, à titre de peine [1].

Enfin, il n'est pas douteux que, lorsque les circonstances entravaient l'exercice des actions précédentes et laissaient la victime des manœuvres délictueuses du magistrat sans ressources, l'action de *dol* ne fût le suprême moyen de réparation mis à sa portée [2]. Cette action aboutissait à une condamnation fixée d'après le serment du demandeur.

Bien plus, même en l'absence de toute intention dolosive, le magistrat devait, comme tout particulier, répondre du préjudice causé par sa simple faute « fût-ce la plus légère [3] », de tout « damnum injuria datum », en vertu d'un principe, analogue à notre article 1382 du Code civil, que consacrait la loi Aquilia [4].

A partir du VI^e^ siècle [5] enfin, des mesures législatives spéciales, contenues dans les *leges repetundarum* [6], interviennent pour prévenir les exactions des fonctionnaires de tout ordre et, partant, des magistrats. L'action qui les sanctionne est une action en répétition accordée *de plano* à quiconque, citoyen ou non, est l'auteur d'une libéralité envers un fonctionnaire. Elle est particulièrement sévère pour les magistrats, puisqu'elle fait peser sur eux une sorte

1. Id., *ibid.*, p. 720.

2. Perreau, *loc. cit.*, p. 90.

3. Ulpien, L. 44, D. av. leg. Aquil. IX, 2 : « In lege Aquilia et levissima culpa venit. »

4. Perreau, *ibid.*, p. 84.

5. Pour l'époque antérieure, il n'existe pas de dispositions relatives à la concussion des fonctionnaires. Peut-être le préteur assimilait-il alors l'abus grave des libéralités à un quasi-delit privé et cassait-il l'acte par voie d'un *integrum restitutio*. Mais Mommsen estime qu'il n'était pas besoin d'une protection juridique spéciale à cette époque en raison du peu de complexité de la vie publique, et sans doute, le peuple trouvait-il une garantie suffisante dans le droit qu'il tenait (la question pourtant est controversée) de déposer les magistrats en cours de charge. Cf. Mommsen, *Dr. pén. rom.*, t. III, p. 3, et *Dr. pub. rom.*, t. II, p. 304.

6. Leges : Calpurnia, Junia et Acilia de Sylla.

de présomption de donation « dans tout achat d'un magistrat, et le vendeur a le droit de réclamer à l'acheteur les choses vendues, sans avoir à rembourser le prix [1] ». Les dons de subsistance en nature, les dons honorifiques et ceux des parents restent pourtant hors de ses prévisions,

A cette action en répétition, fut jointe, à titre de peine, l'obligation de restituer le double, sous Caïus Gracchus, et le quadruple, sous les constitutions postérieures à Constantin. L'action des *leges repetundarum* finit même, vers le milieu de l'époque impériale, par devenir purement pénale et susceptible d'entraîner pour celui qu'elle frappait, avec la diminution de ses droits civiques, le bannissement et la confiscation de son patrimoine.

Elle avait, de plus, avec l'action *quod metus causa* [2], ce caractère commun qu'elle ne se limitait pas seulement pour son exercice à la personne du magistrat et, sous certaines conditions, à celle de ses héritiers, mais qu'elle pouvait aussi s'exercer contre tout tiers à qui l'enrichissement illicite avait pu profiter [3].

FORMES DE LA POURSUITE DES MAGISTRATS

Ces différentes actions n'étaient soumises, au point de vue de la forme, à aucune dérogation au droit commun civil ou criminel, que les actes leur donnant naissance se rapportassent ou non à l'exercice des fonctions du magistrat [4].

Au début, toutefois, la poursuite directe ne pouvait avoir lieu tant que durait le mandat du magistrat. Sa responsabilité ne devenait, en principe, effective qu'à l'expiration de ses fonctions. Le motif en était qu'on craignait

1. Mommsen, *Dr. pén. rom.*, t. III, p. 17.
2. Gérard, *Manuel élément. de dr. rom.*, p. 720.
3. Mommsen, *Dr. pén. rom.*, t. III, p. 32.
4. Id., *Dr. pub. rom.*, t. II, p. 382.

de détourner, par le souci de leur défense, les magistrats de la gérance de leurs fonctions ; ce qui eût pu être la cause d'un grand détriment pour la chose publique. Ce dernier inconvénient disparut avec l'introduction de la collégialité dans les magistratures, et c'est pourquoi nous voyons peu à peu, dès cette époque, la règle contraire se faire jour. Mais comme cette règle ne pouvait prévaloir contre les prérogatives de la hiérarchie judiciaire, les magistrats inférieurs devaient toujours échapper à la poursuite directe au cours de leurs fonctions. Il est vrai que, pour être exact, on doit dire que, même pour les magistrats supérieurs, cette poursuite fut, en fait, l'exception, et que, dans la grande majorité des cas, elle fut reportée au terme du mandat.

De ce bref aperçu de droit romain résulte que la responsabilité des fonctionnaires judiciaires à Rome se trouvait expressément consacrée pour ce qui est du *judex*, et qu'elle résultait, pour les magistrats, d'une large compréhension du droit commun jusqu'aux *leges repetundarum* du moins ; qu'aucune forme de procédure spéciale n'était exigée pour leur poursuite ; que, dans une certaine mesure, leur responsabilité civile se trouvait engagée à raison de toute illégalité, même commise par simple faute : toutes dispositions qui nous permettent de conclure qu'en cette matière, le droit romain en était arrivé à un système plus complet et plus perfectionné que certaines législations modernes, que la nôtre par exemple.

CHAPITRE II

LES LOIS BARBARES ET LE DROIT FRANC

SECTION Ire

Les lois barbares

Les lois barbares sanctionnent de diverses façons la responsabilité des magistrats :

La Loi des Wisigoths admet le principe du recours contre le juge pour violation de la loi. Au cas de bonne foi, celui-ci peut d'ailleurs se disculper par serment que ce n'est pas par inimitié, faveur ou cupidité, mais par ignorance qu'il a ainsi jugé. Dans cette alternative, le jugement tombe, mais le juge échappe au châtiment [1].

La Loi des Burgondes punit d'une amende de trente solidi, dans son titre LXXXI, le déni de justice même commis par ignorance ou négligence.

La Loi des Alamans [2] pose les règles que doit observer le juge pour satisfaire à la justice et ne point s'exposer à payer l'amende de douze solidi, en outre de la réparation du dommage causé, à celui qu'il a lésé : « Nec mentiosus,

1. Lex Wisigothorum, II, 1, 20, 21. *Monumenta Germaniæ historica*, t. I (Hannoveræ, 1902).

2. Leges Alamanorum dans les *Monument. Germ. hist.*, t. V, pars I, Lex XLI (Hannoveræ, 1888).

nec perjurator, nec munera acceptor sit, sed causas secundum legem veraciter judicet sine acceptione personarum et timens Deum sit. Et si justum judicaverit, credat se apud Deum mercedem recipere et laudem apud hominibus bonam possidere. Si autem per invidiam alicujus aut per timorem, contra legem judicaverit, cognoscat se deliquisse et XII solidos sit culpabilis, cui injuste judicaverit et quod, per illum, damnum passus est injuste, ille judex restituat ei. » Mais si c'est à tort que le plaideur a soulevé l'iniquité du jugement et si ce fait est contrôlé par d'autres juges, il devra payer au juge « auquel il a fait injure » douze solidi et le premier jugement restera acquis contre lui.

Dans la *Loi des Bavarois*, le juge, au cas de dol, doit restituer à la partie lésée le double du dommage causé par sa sentence et payer en plus une amende de quarante sous au fisc. Au cas de bonne foi, la nullité du jugement n'emporte aucune peine pour le juge [1].

SECTION II

Le droit franc

A. Époque mérovingienne

Avant d'aborder l'étude de la responsabilité des magistrats dans la loi salique, il importe de dire quelques mots sur l'organisation judiciaire qu'elle consacrait. Le grand principe dominant, celui qui, selon l'expression de Montesquieu [2], tirait son origine des forêts de la Germanie, c'est celui de « la séparation du droit de justice et du droit de participer au jugement [3]. » Le chef de la juridiction :

1. D'après Déroulède, *loc. cit.*, p. 14.
2. Montesquieu, *Esprit des lois*, xxx, 18.
3. L. Beauchet, *Histoire de l'organisation judiciaire en France à l'époque franque*, p. 26.

thunginus d'abord [1] ; comte, centenier dans la suite, « dépositaire du droit de justice, ne l'exerce pas par lui-même ; son rôle se borne, en général, à réunir le tribunal, à le présider, à faire exécuter les jugements prononcés ; ceux qui statuent sur le fait et sur le droit, qui disent la loi, *legem salicam dicunt,* ce sont les hommes libres du canton, pairs des parties : les rachimbourgs [2]. »

On a discuté [3] sur le point de savoir quelles étaient au juste les fonctions respectives des rachimbourgs et du comte et comment elles se délimitaient. De cette discussion, il paraît résulter que, si les rachimbourgs « jugent et décident », leur décision ne s'impose pas radicalement au comte, dont le rôle ne se réduit pas à celui de simple agent d'exécution. Il est plus vraisemblable d'admettre que les rachimbourgs « préparaient » d'ordinaire des jugements auxquels le comte donnait force exécutoire, tout en conservant vis-à-vis d'eux, en droit, sinon toujours en fait, un certain pouvoir d'appréciation et de contrôle [4].

Les jugements présentaient, d'autre part, cette particularité qu'ils n'étaient pas obligatoires de plein droit. Pour revêtir ce caractère, ils devaient avoir été acceptés par celui des plaideurs qui était condamné. Une peine sévère : la mise hors la loi (qui donnait à tout individu le droit de tuer impunément celui qui en était frappé), pesait d'ailleurs sur quiconque refusait son assentiment et démontrait clairement, par là, que le tribunal n'était pas un simple « bureau de consultation » dont on pouvait à son gré négli-

1. Ed. Beaudouin, *La participation des hommes libres au jugement dans le droit franc. Nouvelle revue historique du droit français,* année 1887, p. 493.

2. L. Beauchet, *Histoire de l'organisation judiciaire en France à l'époque franque*, p. 26.

3. Ed. Beaudouin, *loc. cit.*, p. 581 et suiv. ; 629 et suiv. ; et article rectificatif de M. Fustel de Coulanges, p. 758.

4. Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire* (Paris, 1885, in-8), p. 488 et dans la *Revue historiq. du droit franç.*, art. précité (année 1887), p. 758 et suiv.

ger les avis [1]. On en était arrivé, dans le progrès de l'évolution judiciaire, à une étape intermédiaire qui peut se résumer ainsi : l'ancien concept de la justice, fondé sur l'échange du droit de vengeance privé, commun à tous les peuples primitifs [2], contre la promesse de l'adhésion au jugement du défendeur, n'est point complètement disparu que déjà se fait jour peu à peu l'idée d'un pouvoir judiciaire indépendant, supérieur aux parties, et dont « il ne doit pas dépendre d'un obstiné d'arrêter le cours [3]. »

Quelle était donc, dans un semblable état de choses, la responsabilité de ceux qui rendaient la justice ?

§ 1er. — *Responsabilité des Rachimbourgs*

Si les rachimbourgs refusent de dire la loi salique, le demandeur, après plusieurs invitations restées sans réponse, peut, s'adressant à sept d'entre eux, les mettre en demeure dans les formes sacramentelles suivantes : « Hic vos tangano ut legem dicatis secundum lege salica [4]. » Le refus de juger, après cette sommation, constitue « à la fois l'oubli d'un devoir civique et un acte de révolte contre la loi nationale » ; il entraîne pour les rachimbourgs une condamnation à trois sous d'or d'amende et, s'ils persistent jusqu'au coucher du soleil, à quinze sous d'or. Cette procédure du tangano pouvait être exercée indifféremment par le demandeur ou le défendeur, dans l'opinion de M. Thonissen, du moins [5].

1. Thonissen, *L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la loi salique*. p. 314.

2. Beaudouin, *loc. cit.*, p. 638-641.

3. Esmein, « *La chose jugée dans le droit franc* », *Nouv. rev. historiq. dr. franç.*, année 1887, p. 547. Cette étape se caractérise encore par d'autres manifestations, par l'existence de dispositions légales édictant l'amende pour le défaut d'un des plaideurs par exemple (Thonissen, *loc. cit.*, p. 315, p. 319) ou sanctionnant de l'amende l'interdiction de remettre en question les jugements réguliers, comme nous allons le voir.

4. *Lex salica*, LVII, § 2 (édit. Behrend et Boretius, Berlin, 1874).

5. Thonissen, *loc. cit.*, p. 233.

En second lieu, les rachimbourgs qui, de mauvaise foi, jugent contrairement aux dispositions de la loi, doivent payer une amende de quinze sous [1] et le jugement qu'ils ont prononcé est annulé [2]. Le plaideur condamné, en effet, n'était pas obligé de s'arrêter, dans tous les cas, à un choix entre la mise hors la loi et l'acquiescement à la sentence. Il avait un moyen d'éviter cette alternative, moyen que nous révélera dans la suite un capitulaire de 805 [3], mais dont le germe se rencontre déjà dans la loi salique (tit. LVII, § 3) et qui consiste à diriger contre les juges une véritable prise à partie à raison de la violation de la loi. Un nouveau débat va s'ouvrir, dès lors, entre le plaignant et les juges accusés d'illégalité ; tandis que la partie gagnante du procès reste complètement hors de cause.

Devant qui ce débat était-il porté? La solution dépend de l'opinion qu'on adopte au sujet de la composition du corps des rachimbourgs. Car une discussion très délicate [4] s'est engagée sur le point de savoir si les rachimbourgs comprenaient l'ensemble des citoyens actifs de la circonscription territoriale, sur laquelle le tribunal étendait sa compétence, ou s'ils constituaient un collège fermé de juges permanents. Nous n'entrerons pas dans le détail de cette controverse qui, d'ailleurs, ne présente pas d'autre intérêt pour nous, puisque la loi salique a pris soin de faire porter sur *sept* rachimbourgs, nommément désignés par le plaignant, la poursuite en déni de justice. Nous nous conten-

1. *Lex salica*, LVII, § 3. M. Fournier (*Essai sur l'histoire du droit d'appel*, p. 103) pense que la première rédaction de la loi salique réprimait le seul déni de justice, et que ce paragraphe 3 est l'œuvre d'un remaniement postérieur.

2. Thonissen, *loc. cit.*, p. 340.

3. C'est le « *Capitulare missorum in Thedonis villa datum* », dont M. Esmein (article précité de la *Nouv. rev. hist. du dr. franç.*, 1887, p. 545) traduit ainsi le passage qui nous intéresse : « Quant aux plaignants et aux plaideurs, qui ne veulent ni acquiescer au jugement des scabins, ni l'accuser de fausseté, qu'on observe *l'ancienne coutume*, c'est-à-dire qu'ils soient emprisonnés et gardés jusqu'à ce qu'ils fassent l'un ou l'autre.... »

4. L'existence du trib. du roi dès cette époque ressort de plusieurs textes de la loi salique. Cf. Déroulède, *loc. cit.*, p. 12.

terons de remarquer seulement que pour les tenants de la seconde opinion, celle du collège fermé, le recours était porté devant l'ensemble des citoyens réunis au *malus*, puisque c'était à eux que revenait en définitive l'exercice normal de la justice.

Si l'on estime au contraire que les rachimbourgs n'étaient autres que les citoyens actifs du *malus* réunis en assemblée plénière, il est plus vraisemblable de penser que le recours était porté au tribunal du roi [1], car autrement « les coupables auraient été juges et parties dans leur propre cause [2]. » C'est au surplus cette dernière solution que nous allons voir consacrée dès les premiers Mérovingiens pour la plainte en déni de justice elle-même.

Sous les Mérovingiens, en effet, l'ancienne procédure du tangano ne tarde pas à se modifier. La victime du déni prend l'habitude d'adresser alors directement sa plainte au roi, qui peut prendre deux partis : ou bien renvoyer l'affaire aux rachimbourgs avec injonction de juger ; ou bien l'évoquer à son plaid en y appelant les juges coupables [3].

Ce n'est point là d'ailleurs la seule marque de l'extension de la compétence royale qu'on puisse relever à cette époque. La connaissance de l'appel de mauvais jugement rentre, elle aussi, dans les attributions normales du roi ou des dignitaires délégués par lui. Des châtiments nouveaux interviennent contre le coupable, qui émanent soit du roi lui-même [4], soit des évêques en son absence : « Si judex aliquem contra legem injuste damnaverit, in nostra absentia ab episcopis castigetur, et quod perpere judicavit versatim melius discussione habeta emendare procuret [5] ».

1. Thonissen, *loc. cit.*, p. 272.
2. Cf. Beauchet, *loc. cit.*, p. 27.
3. Beauchet, *loc. cit.*, p. 65; Fournier, *loc. cit.*, p. 122.
4. Id., *ibid*, p. 65; Schulte, *Histoire du droit et des institutions de l'Allemagne* (traduct. M. Fournier) (Paris, in-8), p. 346.
5. Præceptio Chlotarii II. Boretius, *Capitularia regum francorum* (Hannoveræ, 1883), t. I, p. 19.

M. Esmein, précisant la portée de ce texte, écrit que « sans doute le roi n'entend pas déléguer les évêques pour juger à sa place l'appel de faux jugements, mais il les invite, en son absence, à user de leur autorité morale ou même du pouvoir disciplinaire qu'ils possèdent au point de vue religieux, pour obtenir du juge qu'il revise et réforme les jugements injustement rendus par lui [1] ». C'est dans le même sens que le second concile de Mâcon, tenu de concert avec le roi Gontran, frappait d'anathème « illi autem qui contra dispositionem non solum nostram, sed etiam antiquorum patrum et regum, venire tentaverint [2].... »

§ 2. — *Responsabilité du comte*

D'une façon générale, la loi salique punit les exactions des officiers royaux : « si.... supra legem aut debitum aliquid præsumpserit, aut weregeldum suum redimet, aut de vita sua componat [3] ». (L. sal., titre LIV.)

La responsabilité du comte, spécialement, ressort de plusieurs textes. Un édit de 585 du roi Gontran l'oblige à rendre des jugements conformes au droit, s'il veut éviter d'encourir les rigueurs de la justice royale : « cuncti itaque judices [4] justa, sicut Deo placet, studeant dare judi-

1. Esmein, « *Chose jugée dans le droit franc* », article précité, p. 556.

2. Cité par Beauchet, *loc. cit.*, p. 42. A propos de cette intervention de l'Église pour la protection des individus contre les iniquités des juges, on peut citer dans le même sens la loi des Wisigoths (Boretius, *Leges Wisigoth.*, t. I, p. 77) : « Quod si hii qui judiciaria potestate funguntur, aut injuste judicaverint causam, aut perversam voluerint in quolibet ferre sententiam, tunc episcopus, in cujus hoc territorio agitur, convocato judice ipso, qui injustus asseritur, atque sacerdotibus, vel idoneis aliis viris, negotium ipsum una cum judice communi sententia justissime terminabit. »

3. On peut comparer la *Loi ripuaire* (citée par Beauchet, *loc. cit.*, p. 41), tit. LI, § 2 : « Si quis judex fiscalis, amplius quam lex ripuaria continet, tulerit, quinquaginta solidis multetur. »

4. Le mot *judex* est l'équivalent du mot *comes* dans les documents de cette époque. Beauchet, *loc. cit.*, p. 19.

cia, nam non dubium est quod acrius illos condemnabit sententia nostri judicii a quibus non tenetur æquitas judicandi [1] ». Tel est le principe ; recherchons-en maintenant l'application dans les faits.

En matière civile, le comte ne joue qu'un rôle secondaire dans la confection de la sentence. Sa principale fonction, nécessitée par l'état social de cette époque barbare, consiste à couvrir de son autorité la décision judiciaire, à la revêtir de la force exécutoire, qu'il tient lui-même de son « jus gladii [2] », de façon à en imposer bon gré mal gré le respect aux plaideurs.

A ce point de vue, il peut engager de deux manières sa responsabilité : soit en refusant son concours à une sentence qui est juste, soit en l'accordant à une sentence injuste. Dans la première hypothèse, il doit « racheter sa vie, c'est-à-dire payer une composition de 600 sous, égale à celle que devrait payer celui qui le mettrait à mort » ; sans quoi, c'est la mise hors la loi qu'il encourt [3]. Dans la seconde hypothèse, s'il néglige de s'assurer, selon le texte d'un édit de Chlotaire II, « ut in omnibus causis antiqui juris norma servetur, et nulla sententia a quolibet judicium vim firmitatis obtineat quæ modum legis atque æquitatis excedit [4] », il tombera sous le coup de la répression pénale qu'édicte le pacte de Childebert et Chlotaire II pour tout acte du comte posé en violation des décrets du prince : « Et quæ in Dei nomine pro pacis tenore constituimus, in perpetuum volumus custodire, hoc statuentes ut si quis ex judicibus hunc decretum violare præsumpserit vitæ periculum se subjacere cognoscat ».

En matière criminelle, d'autre part, où le comte juge en

1. Cité par Beauchet, *ibid.*, p. 41.
2. Fustel de Coulanges, *loc. cit.*, *Rev. hist. dr. franç.*, 1887, p. 774.
3. Thonissen, *loc. cit.*, p. 235.
4. Cet édit de Chlotaire II et le suivant sont cités d'après Beauchet, *loc. cit.*, p. 41 et 42.

personne dans des cas assez nombreux, c'est la même peine capitale qu'il encourt chaque fois qu'il enfreint les différentes règles de procédure imposées par la loi et, notamment, celles relatives à l'audition des accusés dans leur défense [1].

Un édit de Chlotaire II, de 614, vient enfin donner à toutes ces prescriptions, en tant qu'elles engagent la responsabilité pécuniaire du comte, un supplément de garantie, en exigeant que ce magistrat soit choisi parmi les personnes ayant des biens dans le ressort de la juridiction : « ut si aliquid mali de quibuslibet condicionibus perpetraverit, de suis propriis rebus exinde quod male abstolerit juxta legis ordine debeat restaurare [2] ».

B. Époque carolingienne

Ce qui caractérise l'époque carolingienne, c'est la prépondérance du pouvoir royal dans la solution des conflits qui s'élèvent entre juges et particuliers. Cette prépondérance, qui est dans l'ordre du progrès social, puisque la même époque nous fait assister à la coordination de la nation dans la main du roi, s'exerce en fait par le moyen de deux institutions : le tribunal du roi et les *missi dominici*.

Pour ce qui est de l'organisation judiciaire dans le pays, le principe reste le même : des officiers président le jugement et lui donnent force exécutoire ; des conseillers, pris dans les hommes libres, élaborent la sentence. Seulement, les titulaires des fonctions ont changé. En outre du comte, le vicomte et le centenier remplissent le rôle d'officiers de justice. Et les rachimbourgs ont fait place à des scabins qui, nommés par le comte ou les *missi*, demeurent plus

1. « ....Si quis in aliquo crimine fuerit accusatus, non condemnetur penitus inauditus. » Cité par Beauchet, *loc. cit.*, p. 42.
2. Boretius, *Cap. reg. francorum*, t. I, 614, § 12, p. 22.

étroitement sous leur surveillance et leur contrôle et sous ceux du tribunal du roi.

Nous étudierons successivement la compétence, en matière de responsabilité des juges, des deux rouages nouveaux : tribunal du roi et *missi dominici*.

§ 1er. — *Compétence du tribunal du roi*

L'appel au tribunal du roi, dont nous avons signalé l'apparition sous les Mérovingiens, devient, à notre époque, un moyen normal de recours contre les juges.

Ce n'est pas, d'ailleurs, que cette voie soit, dès le début, ouverte à tout homme pour tout grief. Un capitulaire de Pépin le Bref de 754-755 [1], en effet, a soin de préciser qu'il n'est pas loisible à chacun de venir porter ses plaintes au *placitum regis* après un jugement régulier, mais que, s'il s'en avise, c'est la bastonnade qui l'attend : « vapuletur [2] ». Il est vrai que le texte se hâte d'ajouter : « et si major persona fuerit, in regis arbitrium erit ». Comme il est probable que le roi y regardait à deux fois avant d'administrer la bastonnade à ses « majores », nous sommes autorisés à considérer cette sorte d'appel comme réservée aux seuls puissants. Quant aux « petites gens », le plus prudent pour eux, sans doute, était de s'abstenir de porter les doléances de cette sorte au palais, s'ils voulaient éviter d'attirer sur eux « les coups » dont la loi se montrait si généreuse.

Le même capitulaire, par contre, nous montre le tribunal du roi largement ouvert à tous pour grief de mal jugé. « Et si reclamaverit quod legem ei non judicassent, tunc

1. Boretius, *Cap. reg. fr.*, t. I, p. 32.

2. Des peines analogues menaçaient celui qui prétendait remettre en question au *malus* une cause déjà régulièrement jugée. Un cap. de 803 (cité par M. Fournier, *loc. cit.*, p. 418, en note) dit en effet : « Si quis causam judicatam repetere in mallo præsumpserit, ibique testibus convictus fuerit, aut XV solidos componat, aut XV ictus ab scabinis qui causam prius judicaverunt accipiat. »

licentiam habeat ad palacium venire pro ipsa causa ». Contre qui ce recours était-il donné ? Contre les rachimbourgs (ou scabins) et contre le comte indivisément. Cela résulte clairement de notre texte, puisque, comme nous le verrons tout à l'heure, il les invite à venir les uns et les autres défendre, selon que besoin est, la légalité de leurs sentences, et ne cesse pas une seule fois de les viser nommément dans chacune de ses prescriptions.

Les scabins sont tenus de juger selon le droit et l'équité [1] ; et plus tard, en 829, le capitulaire de Worms les obligera à prêter serment à leur entrée en charge « ut scienter injuste judicare non debeant ».

La responsabilité des comtes procède de ce fait qu'ils doivent, comme le leur impose un capitulaire de 801-814, connaître les lois, non pour juger, mais pour veiller à ce que, sous leur présidence, les scabins l'appliquent bien [2]. M. Esmein pense même qu'une sorte de prise à partie pouvait être intentée contre le comte tout seul, et il fonde son opinion sur le chapitre v d'un capitulaire de 820 « de justitiis faciendis », « et si aliter fecerit quam juste, ad quem factum illud pertinet, veniat in præsentiam nostram et nos illi de eodem comite faciamus justitiam [3] ».

Devant le tribunal du roi, le débat se déroulait selon les règles habituelles. Le roi, à l'origine ; ses délégués : comte du palais, maire du palais, dans la suite, président, et ce sont les assesseurs qui jugent [4]. Aucune loi ne les lie, car le roi a la plénitude du législatif ; mais les Carolingiens donnèrent à plusieurs reprises aux plaideurs cette garantie « qu'ils observeront les lois, qu'ils n'agiront contre personne par caprice ou par condescendance pour l'injuste

1. Cap. de 802, ch. 26 : « Ut judices secundum scriptam legem juste judicent non secundum arbitrium suum ». Cité par Beauchet, p. 277.

2. Beauchet, *loc. cit.*, p. 277 ; Esmein, *loc. cit.*, *Rev. hist. du dr. franç.*, 1887, p. 549.

3. Boretius, *Cap. reg. fr.*, t. I, p. 296.

4. Beauchet, *loc. cit.*, p. 50 et p. 362.

cupidité d'autrui, mais seulement par jugement ou par justice [1] ». Au point de vue de la procédure, cette particularité, que la preuve au lieu de se faire d'après le droit commun des *leges*, par le combat ou les épreuves, pouvait s'administrer de toute autre façon, contribuera à favoriser les recours au palais [2].

Quant à la solution, elle est simple. Si le plaignant a pu convaincre ses juges de n'avoir pas jugé selon la loi, il les oblige à lui payer une amende. Au contraire, « et si comes vel racemburgii eum convincere potuerint quod legem ei judicassent, et ipse hoc recipere noluerit, hoc contra ipsos (illum) amendare faciat [3]. » La décision sur l'appel entraînait en même temps l'annulation ou la confirmation de la sentence qui, jusque-là, manquait de force obligatoire pour n'avoir pas été acceptée des deux parties. « Le plaideur sera maintenant contraint d'y acquiescer par l'autorité royale, ou au contraire dispensé de l'accepter [4]. »

Bien que, comme nous le verrons plus tard, la plainte en déni de justice fût plus spécialement de la compétence des *missi*, elle pouvait néanmoins être portée au *placitum* après trois sommations faites sans succès au comte pardevant témoins. Le comte était admis à faire la preuve contraire par témoins ou par serment, et, s'il triomphait, son poursuivant était condamné à quinze sous d'amende ou quinze coups de fouet [5].

Par une exception remarquable à ces différentes règles, le roi pouvait, en vertu de son pouvoir souverain, conférer d'avance, à un quelconque de ses sujets, « le droit ferme de porter sa cause au tribunal du palais, toutes les fois qu'une décision rendue devant le tribunal du comte lui

1. Id., *ibid.*
2. M. Fournier, *loc. cit.*, p. 132.
3. Capitulaire de 754 dans Boretius, *Cap. reg. fr.*, t. I, p. 32.
4. Esmein, art. précité, p. 550.
5. Cap. de Mantoue, 781. Boretius, *Cap. reg. fr.*, § 2, 3, 4, p. 190.

porterait préjudice [1]. » Ce privilège, qui peut-être doit son origine à l'établissement des rapports de vassalité entre le roi et ses *vassi* [2], accorde donc à son bénéficiaire la faculté de ne pas acquiescer au jugement, sans pour cela être obligé d'entamer la périlleuse procédure du faussement du juge. Il le place dans cette situatien spéciale, particulièrement avantageuse, de ne pouvoir être condamné définitivement que par le tribunal du roi. Cela n'empêchait pas d'ailleurs que des mesures de surveillance et de contrôle ne soient prises contre lui. C'est sous bonne escorte qu'il doit être amené au palais pour exhiber ses lettres de commission et discuter sa cause [3].

Une autre pratique venait tempérer la rigueur de l'alternative imposée aux plaideurs entre l'acquiescement et le faussement. C'était le droit qu'avait le roi, en l'absence même de toute réclamation, de mander à son tribunal le comte dont la conduite apparaissait défectueuse et là, de le condamner soit à la perte de sa dignité, soit à des peines plus rigoureuses. En outre, cette censure pouvait aboutir à l'annulation de « tous les actes iniques dirigés contre la propriété ou la liberté des citoyens [4] » ; ce qui équivalait pour ces derniers à une réparation indirecte du préjudice souffert.

§ 2. — *Compétence des missi*

Les *missi dominici*, suppléants du roi au travers du pays, ont la mission large de réprimer toutes les iniquités et de régler tous les conflits qui peuvent troubler la paix sociale [5].

1. Esmein, art. précité, p. 555.

2. M. Fournier, *loc. cit.*, p. 128.

3. Cap. Theodonis villa datum, anno 805. Boretius, *Cap. reg. fr.*, t. I, cap. 8, p 123.

4. Beauchet, *loc. cit.*, p. 190 et 191. Cet auteur cite ce passage de la vie de Louis le Débonnaire par Thégan, où il croit possible de voir mise en œuvre la pratique en question : « Princeps destruere jussit acta...., patrimonia oppressis reddidit, injuste ad servitium inclinatos absolvit. »

5. Conventus apud Marsnam, anno 847, c. 7 (cité par M. Fournier, *loc. cit.*,

Dans l'ordre de l'administration de la justice, leur rôle est de rechercher si les magistrats des divers ordres ne se sont point écartés de ces grands principes que Charlemagne leur a si éloquemment rappelés dans ses capitulaires [1]. Une instruction aux *missi* de 825 [2] prescrit en effet : « Et si forte episcopus aut comes aliquid negligentius in suo ministerio egerit, per istorum admonitionem castigatur. » L'hypothèse la plus fréquente, sans doute, est celle où le plaideur se heurte à la mauvaise volonté d'un juge qui lui dénie la justice. C'est pourquoi le texte continue en prévision de ce cas : « Et omnis populus sciat ad hoc eos constitutos, ut quicumque per negligentiam aut per incuriam vel impossibilitatem comitis justitiam suam adquirere non potuerit, ad eos primum querelam suam possit deferre et per eorum auxilium justitiam adquirere. »

Lorsqu'il est saisi d'un déni de justice, le *missus* a le choix entre deux solutions : contraindre le juge coupable à s'exécuter ; juger en ses lieu et place. Le moyen de contrainte mis à la disposition du *missus* ne manque ni d'originalité ni, sans aucun doute, d'efficacité. Il consiste, aux termes d'un cap. Haristallense de mars 779 [3], à lui permettre de vivre aux dépens du délinquant tant que justice n'est pas rendue. Cela s'applique au déni du *vassus* royal et un cap. de 819 contient une disposition analogue à l'endroit de l'évêque, abbé ou tout autre dignitaire ecclésiastique [4]. S'il ne veut pas user de cette prérogative, le *missus* peut trancher lui-même le différend pendant et la procédure, devant lui, est la même que devant le tribunal

p. 121) : « Ut in singulis partibus regni missi idonei constituantur, qui querelas pauperum et oppressiones sive quorumcumque causas examinare, et secundum legis æquitatem valeant definire. »

1. Cap. anno 800-812. Boretius, *Cap. reg. fr.*, t. I, p. 240 : « Duces, comites et judices, justitiam faciat populos, misericordiam in pauperes, pro pecunia non mutet æquitates, per odia non damnent innocentes.... »

2. Cité par Beauchet, *loc. cit.*, p. 305.

3. Boretius, *Cap. reg. fr.*, t. I, p. 51.

4. Beauchet, *loc. cit.*, p. 321 et v. p. 43 et note 1, *infra*.

du roi. Cette compétence découle du pouvoir très large de redresser en personne tous les abus et iniquités, que lui confère un capitulaire de 810, paragraphe 3 [1].

Les plaideurs peuvent recourir au *missus*, en second lieu, pour mal jugé. Mais alors qu'en matière de déni de justice leur compétence s'exerce normalement, en cette matière de mal jugé au contraire, elle n'a pour but que de décharger d'autant le tribunal du roi qui, jusqu'au IXe siècle, s'était réservé pour lui seul la connaissance de ces appels [2]. Les affaires portées devant le *missus* pour mal jugé reçoivent la même solution que devant le tribunal du roi.

RESPONSABILITÉ DES JUGES AUTRES QUE LE COMTE ET LES SCABINI

Responsabilité du centenier et du vicomte. — Le comte, assisté de son conseil de scabins, personnifie, à l'époque carolingienne, le tribunal de droit commun [3].

En dessous de ce tribunal, était institué un tribunal de compétence plus étroite : celui du centenier. Ce tribunal n'en reste pas moins placé sous la surveillance immédiate du comte, qui lui donne ses instructions lors de sa nomination et doit veiller, à ses risques et périls, sur son administration [4]. Cette responsabilité du comte du fait de ses subordonnés ne se réduit pas à cet exemple unique. Elle se rencontre encore vis-à-vis des vicomtes auxquels le comte délègue partiellement ou accidentellement ses pouvoirs [5]. Ce qui explique qu'on ne retrouve pas trace dans les capi-

1. Boretius, *Cap. reg. fr.*, t. I, p. 155 : « Quando justitiam pauperibus facere jusserint (missi), semel aut bis præcipiant ut justitia facta fiat, tercia vice, si nondum factum est, ipsi pergant ad locum et ad hominem qui justitiam facere noluit et cum virtute tollant ab eo quod injuste alteri tulit et reddunt illi cujus per justitiam esse debuit. »

2. Beauchet, *loc. cit.*, p. 324; M. Fournier, *loc. cit.*, p. 123 et 129.

3. Ed. Beaudouin, art. précité, p. 504; Esmein, art. précité, p. 549.

4. Beauchet, *loc. cit.*, p. 173. Le comte peut d'ailleurs révoquer le centenier, Id., p. 225.

5. Id., p. 212.

tulaires d'un contrôle donné aux *missi* sur ces magistrats secondaires.

Responsabilité des immunistes. — L'immunité avait pour effet de soustraire les domaines qu'elle protégeait, non à l'autorité royale, mais à l'autorité des officiers du roi [1]. De ce principe découle cette conséquence « que si la juridiction du comte (et de ses subordonnés) est supprimée, celle du roi ne l'est pas », et que celui-ci peut à son gré « appeler l'immuniste ou ses hommes devant son propre tribunal ».

Par une extension naturelle de cette règle, on en vint à reconnaître au *missus*, véritable suppléant du roi par le royaume, bien plus qu'officier du roi d'ailleurs, les droits de surveillance et de coercition qui appartiennent au roi lui-même. C'est ainsi que, vis-à-vis des immunistes comme vis-à-vis des justiciers ordinaires, les *missi* constituèrent une juridiction d'appel pour déni de justice et pour mal jugé, offrant aux particuliers toute garantie de réparation et de protection [2].

Responsabilité des juridictions ecclésiastiques. — Les évêques conservent toujours leur pouvoir de surveillance sur les juges séculiers, mais ce pouvoir semble revêtir un caractère plus spécialement spirituel, avec les exhortations morales qui en constituent l'exercice ordinaire et l'excommunication qui en est la sanction [3].

D'autre part, dès la monarchie franque se constitue une juridiction ecclésiastique indépendante et exclusive des tribunaux séculiers dans la limite de sa compétence. Il est intéressant de rechercher si, parmi les garanties qu'of-

1. Fustel de Coulanges, *Étude sur l'immunité mérovingienne* (Nogent-le-Rotrou, 1883, in-8), p. 29 et suiv.
2. Beauchet, *loc. cit.*, p. 449 et 450.
3. Id., *ibid*, p. 405.

fre cette institution aux plaideurs, se trouve être organisée la responsabilité des juges.

Il est de principe, tout d'abord, que si les justiciables des tribunaux ecclésiastiques ne peuvent appeler au roi des décisions rendues par ces derniers, du moins ils sont toujours recevables dans leur recours, à l'intérieur de l'Église, où l'appel est posé, à tous les degrés de la hiérarchie catholique, comme une règle normale et inviolable [1]. Or par là même que l'appel, voie de recours contre les jugements, est largement ouvert, se trouve diminuée d'autant la nécessité d'instituer une voie de recours contre la personne des juges. Les garanties d'une bonne justice n'exigent pas qu'on expose à tout propos les juges à porter le poids d'un jugement erroné, mais bien plutôt que, dans des revisions successives, l'on rectifie et l'on redresse ce jugement en conformité avec les règles du droit. C'est ce qui, avec d'autres raisons, sans doute, se rattachant à la conception particulière que se fait l'Église de son rôle judiciaire, permet d'expliquer qu'on ne trouve pas consacrée, dans ces juridictions, la responsabilité des juges à raison de leur mal jugé. Mais on doit ajouter que l'effort de la royauté ne cessera de porter sur ce point, qu'elle s'ingéniera à immiscer le contrôle de ses *missi* dans les justices ecclésiastiques, à connaître des plaintes qu'elles peuvent soulever pour, le cas échéant, refuser l'appui de sa force coercitive, indispensable à leur exercice ou à l'exécution de leurs jugements [2]. Ce ne fut toujours là, il est vrai, qu'un moyen bien indirect de protection pour les particuliers vis-à-vis des juridictions ecclésiastiques.

En matière de déni de justice par contre, les capitulaires donnent au *missus*, nous l'avons vu, vis-à-vis des évêques, abbés et tous autres dignitaires, les mêmes moyens de contrainte qu'à l'égard des autres justiciers, à savoir la fa-

1. Beauchet, *loc. cit.*, p. 291 et 191.
2. Id., *ibid.*, p. 396 et suiv.

culté de vivre à leurs dépens jusqu'à ce que justice soit faite [1].

Conclusion. — Telles sont les diverses mesures, élaborées au cours de son développement par la monarchie franque, qui établirent la responsabilité des juges envers les justiciables. Le point de départ de cette responsabilité, étranger à toute inspiration d'origine romaine, réside dans le désir qu'on eut, dès le principe, d'assurer le fonctionnement régulier de la justice, regardée comme charge publique pesant sur tous les citoyens d'abord, comme fonction publique confiée à un corps de professionnels mandataires du roi ensuite. On considéra qu'un des meilleurs moyens de prévenir les écarts des juges, en même temps que de donner satisfaction aux plaideurs pour qui la voie de l'appel, au sens moderne, était fermée en cette époque primitive, c'était de faire assumer à ceux qui distribuaient la justice les risques et périls de leur négligence, de leur ignorance ou de leur dol. Cette éclosion de la responsabilité civile des magistrats, dans cette civilisation primitive, nous semble particulièrement intéressante à signaler.

1. « Ut ubicumque ipsi missi, aut episcopum, aut abbatem, aut alium quemlibet quocumque honore præditum invenirint qui justitiam facere vel noluit vel prohibuit, de ipsius rebus vivant, quamdiu in eo loco justitias facere debent. » Cap. de 819, ch. 23 cité par Beauchet, *loc. cit.*, p. 396.

CHAPITRE III

LES COUTUMES FÉODALES

SECTION Ire

La défaute de droit et le faussement de jugement en droit féodal pur

L'idée qui s'est dégagée au temps de la monarchie franque, d'une responsabilité des juges à raison de leur déni de justice ou de leur mauvais jugement, va continuer de se préciser et de s'affermir durant tout le moyen âge, mais en s'adaptant aux conditions nouvelles de l'organisation sociale de cette époque, et spécialement aux principes qui président à la distribution de la justice.

Le pouvoir judiciaire, en effet, suivant par là le sort des divers attributs de la souveraineté, s'est morcelé entre les mains du roi et des seigneurs qui se sont partagé le royaume. Et c'est à un double titre que ces derniers prétendent l'exercer : comme seigneurs proprement dits, propriétaires d'un droit démembré de la puissance publique, et par eux possédé à titre de fief ; comme suzerains, en raison du contrat féodal qui les lie avec leurs vassaux ou tenanciers.

Dans ces deux alternatives, les seigneurs se trouvent être débiteurs de justice et de bonne justice ; mais il ne

semble pas qu'on ait eu une égale préoccupation d'assurer, pour chacune d'elles, l'exécution de ce devoir. Il apparaît bien plutôt que tout l'effort ait tendu à garantir le bon fonctionnement de ce qu'on appelle la justice « féodale [1] », de celle qui a sa source dans l'hommage féodal; tandis que l'autre, la « seigneuriale », distraite des attributions royales pour devenir objet de propriété privée et perdant de ce fait tout caractère de fonction publique, était abandonnée sans réserve à la libre disposition de ceux qui la possédaient. Dans le ressort de sa seigneurie, en effet, et dans les limites de la compétence qui lui a été concédée, le justicier use à son gré de la justice sans que, dans le droit féodal pur, aucun moyen de contrôle ou de répression puisse se concevoir [2].

La nature de la responsabilité des juges se modifie donc avec la féodalité. Elle n'est plus la sanction apportée à l'exercice d'une charge ou d'une fonctien publique comme sous les dynasties mérovingiennes ou carolingiennes; elle devient la sanction à l'exécution d'un contrat synallagmatique : le contrat féodal.

Au demeurant, cela influera peu sur le fond même de la question qui se débat toujours entre juges et plaideurs, et aussi sur ses résultats relativement à la réparation accordée à la victime ; seules, les formes de procéder se modèleront sur le cadre et les maximes du régime nouveau.

Deux grandes voies de recours sont ouvertes, en matière civile et criminelle [3], contre le seigneur suzerain; l'appel de défaute de droit, le faussement de jugement.

1. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, p. 251.

2. Ce qui n'exclut pas évidemment la possibilité du recours facultatif au roi, toujours à la disposition des plaideurs à l'encontre des décisions de toutes les juridictions; mais son caractère gracieux place ce recours en marge du cadre judiciaire proprement dit de cette époque. Cf. Marc. Fournier, *Essais d'histoire du droit d'appel*, p. 201 et suiv.

3. Ad. Tardif, *La procédure civile et criminelle aux XIII^e^ et XIV^e^ siècles* (Paris, 1885, in-8), p. 152.

§ 1er. — *L'appel de défaute de droit*

Cet appel prévoit toutes les circonstances qui caractérisent le déni de justice considéré comme « délit féodal [1]. »

Il y a « deffaute de droit, dit Beaumanoir [2], si est de veer (refuser) droit a fere a celi qui le requiert » ; étant entendu que ce refus ne présuppose pas nécessairement une intention malicieuse chez le seigneur, mais peut provenir d'un fait indépendant de sa volonté comme le cas se présente, par exemple, si les vassaux convoqués par lui à la cour féodale ne s'y présentent pas pour juger [3]. Il y a défaute encore lorsque le seigneur prolonge au delà des délais réguliers la solution des procès [4], ou lorsqu'il se laisse aller à « faire vilonnie du corps [5] » de son vassal qui vient réclamer justice.

Le fondement de cet appel se trouvant être les obligations nées du contrat féodal, il résulte que pouvaient l'exercer toutes personnes — et celles-là seulement — qui se trouvaient dans des rapports de vassalité, « quelle qu'ait été d'ailleurs la condition de leur tenure [6]. »

L'acte préliminaire de la procédure avait pour but d'établir d'une façon certaine l'existence du déni de justice. Les diverses coutumes, en effet, exigeaient que le vassal requière, en des sommations réitérées [7], son seigneur de lui faire justice. L'inexécution de cette formalité ferme

1. E. Glasson, *Les sources de la procédure civile française* (Paris, in-8, 1882), p. 109.

2. Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis* (1280-1289), ch. LXI, § 70, édition Beugnot, t. II, p. 405.

3. M. Fournier, *Hist. dr. d'appel*, p. 28.

4. Beaum., LXI, § 70 (II, 405) : « Quand li segneur délaient les ples en cors plus qu'ils ne poent ne ne doivent constre coustume de terre. »

5. Beaum., LXII, § 4 (II, 410).

6. M. Fournier, *loc. cit.*, p. 164.

7. Par exemple, trois sommations de trois en trois jours dans les coutumes

tout recours au justiciable et peut, en Beauvaisis, entraîner une amende arbitraire, laissée à l'appréciation du seigneur, jusqu'à concurrence « de tout ce que li apeleres tient de li ».

Si le seigneur persiste après cette sommation, le justiciable est admis à l'ajourner pour prouver la défense de droit [1]. Cette preuve, sans aucun doute, a lieu devant la cour du suzerain immédiatement supérieur à celui qui défaille. Les textes ne sont pas très explicites sur ce point, mais il nous semble que rien ne s'oppose à ce qu'on applique ici, par analogie, le raisonnement que l'on [2] tient pour le cas de faussement de jugement. Comme dans ce dernier cas, en effet, le débat doit aboutir à la prononciation de peines, soit contre le justiciable, soit contre le seigneur. Or, on ne voit pas quel tribunal, autre que la cour de son suzerain, aurait eu qualité pour connaître d'une cause pouvant entraîner la condamnation du seigneur. Ce ne saurait, en aucune hypothèse, être la cour de ce dernier, du défaillant, puisque, outre l'incompatibilité qu'il y aurait à admettre qu'elle pût s'ériger en juge du seigneur qui la préside, il y a quelque invraisemblance à supposer que celui-ci, après avoir dénié la justice aux siens, prendrait la peine de convoquer sa cour pour répondre, devant elle, de sa conduite. Il semble plus conforme au bon sens et aux principes féodaux de présumer que le vassal qui se voyait refuser justice devait s'adresser au suzerain de son suzerain.

de la *Marche* (ch. CIX) et d'*Auvergne*. Bourdot de Richebourg, *Coutumier général*, t. IV, 2e partie, p. 1108 et p. 1190.

1. Cet ajournement n'allait pas sans d'extrêmes difficultés au début, lorsqu'on devait la faire à la propre personne du suzerain qui pouvait se trouver fort loin et même hors du royaume. Pour éviter les frais et les dangers du déplacement qui aurait été ainsi nécessité, le roi modifia sur ce point le style de sa cour, et dans une *ord. de 1344*, art. 5, décida qu'il suffirait dorénavant d'assigner au lieu où fut refusé justice : « Ad personas, seu habitores dicti loci, si qui reperiantur ; vel coram vicinis loci prædicti, si nemo reperiatur ibidem. »

2. M. Fournier, *loc. cit.*, p. 153.

Le passage de Beaumanoir [1], mentionnant l'amende de 60 livres que le vassal qui succombe est obligé de payer au suzerain ayant statué sur « l'apel », semble bien trancher la question en ce sens. Certaines coutumes d'ailleurs ont ainsi fixé la compétence. Par exemple, celle de Normandie (vers 1220), qui décide que le débat sur la défaute sera porté « en la cort le duc », même dans le cas où « li sires tient la terre ou le fié, de que li contanz est, d'autre segneur que del duc [2]. » Il semble pourtant que le débat doive se limiter à la preuve devant la cour du duc et que le dernier mot appartienne, pour la prononciation des peines, à la cour du roi. Le chapitre LXXXII *ter*, paragraphe 2 [3], porte en effet : « Et quand la défaute ou li torz de la cour al segneur est provez, la cause revient à la cort le roi o (avec) les essoines et o les defautes, se il a eu langueur. » Cette affirmation de la compétenee suprême de la cour du roi est intéressante à signaler au passage, et cela, à un double point de vue. Elle prouve d'abord que, même en plein épanouissement du régime féodal, le monarque était loin d'avoir tout perdu de son rôle ancien d'arbitre suprême du royaume ; ensuite, que, même hors des terres du domaine royal, la cour du roi avait une sorte de compétence privilégiée par rapport à la cour féodale du grand vassal qui, normalement, aurait dû pouvoir donner une solution définitive du litige [4].

D'une façon générale, d'ailleurs, on admet que le recours de défaute était indéfini dans l'ordre de la hiérarchie féodale et pouvait toujours aboutir en fin de compte à la cour du roi, après l'épuisement successif de tous les échelons des juridictions suzeraines [5]. D'aucuns voient même dans cette

1. Beaum., LXI, § 35 (II, 387 et suiv.).
2. E. Tardif, *Coutumiers de Normandie* (4 vol. in-8, 1881-1893), ch. xxx, § 1, 2, 2e partie, t. I, p. 23.
3. Id., *ibid.*, t. II, p. 79.
4. M. Fournier, *loc. cit.*, p. 29 et suiv., p. 185 et suiv.
5. Beaum., LXI, § 65. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France* (Paris, 1882, in-8), p. 25.

pratique du « ressort », pour ce qu'elle introduit « le principe du recours à un tribunal supérieur pour défaut de justice [1] », un des éléments qui contribuèrent à la naissance de l'appel proprement dit du droit français.

Par une dérogation remarquable aux maximes de l'époque et bien que le mot « apel » désigne ordinairement « la provocation à la preuve par gage de bataille [2] », l'appel de défaut de droit ne se dénouait pas en principe par le combat judiciaire. « Li apel qui sunt fet par défaute de droit ne sunt pas ne ne doivent estre demené par gage de bataille, dit Beaumanoir [3], mes par monstrer resons par quoi la défaute de droit soit clere. »

Montesquieu [4] nous en expose la raison en nous disant qu' « on ne pouvait appeler au combat le seigneur lui-même, à cause du respect dû à sa personne » et qu'on ne pouvait non plus « appeler aux pairs du seigneur, parce que la chose était claire et qu'il n'y avait qu'à compter les jours des ajournements ou des autres délais. » Le premier argument pourrait être contesté, puisque nous verrons que, pour le faussement de jugement, le vassal est parfaitement admis à provoquer la cour entière et par conséquent son seigneur qui la préside. Le second argument est le meilleur. En effet, l'objet de la preuve, dans la défaute, se trouve nettement déterminé; il réside dans le fait de la sommation aux fins de jugement et du refus subséquent du juge. Les témoins qu'on a soin de convier pour l'accomplissement de cette démarche suffisent à rétablir la matérialité de ces faits, sans que les plaideurs aient à la débattre directement entre eux. Mais il faut ajou-

1. M. Fournier, *loc. cit.*, p. 167.

2. A. Tardif, *Hist. proc. civ. et crim. XIII^e et XIV^e s.*, p. 93.

3. Beaum., LXI, § 53, t. II, p. 96. *Les établissements de saint Louis* (édit. Viollet), ch. VIII, t. II, p. 17, confirment la chose : « Se aucuns viaut apeler son segnor de défaute de droit, il covendra que la défaute soit provée par temoins, non mie par bataille. »

4. Montesquieu, *Esprit des lois*, ch. XXVIII, 28.

ter que cette intervention des témoins peut indirectement aboutir à la réintroduction du duel judiciaire; car il est loisible à chaque partie de contester respectivement les dires des témoins par la procédure du faussement, qui, comme toute contestation engageant l'honneur des personnes, a sa solution naturelle dans le combat judiciaire [1].

L'absence du duel comme moyen normal de preuve de la défaute n'est pas d'ailleurs universelle. La coutume de Normandie [2] dit en effet: « Se aucuns sire ne velt fere droit à son home en sa cort et s'il a eu le commandement le duc ou à sa justice de fere li droit, li homs *gagera défaute envers son segneur se bataille n'en as esté gagiée;* e celle defaute jurra il o ij autres homes en la cort son segneur, e puis sera li plet en la cort le duc per à per entre le segneur e son home. » Les termes mêmes de ce texte et son silence relativement à la nécessité des réquisitions préjudicielles nous autorisent à croire, qu'en Normandie du moins, la pratique ne répugnait pas à voir les choses se dénouer, ici comme en toute autre matière, par un combat « per à per entre le segneur et son home. » Cette façon de voir explique de plus la prohibition contenue dans l'ordonnance de saint Louis contre les duels [3] (1257-1261; reproduite dans les Établissements), prohibition qui serait sans objet, lorsqu'elle édicte que la défaute « soit provée par témoins, non mie par bataille », si les choses s'étaient universellement passées comme le pense Montesquieu.

Une fois engagée, la défaute avait pour effet, comme le faussement de jugement, d'exempter l'appelant de la juri-

1. « Mais quant li tesmong viennent por tesmongnier en tel cas, de quelque partie qu'ils viengnent.... cil contre qui ils voelent tesmoignier pot, s'il li plet lever le second tesmong et li mettre sus qu'il est faux et parjures. » Beaum., LXI, § 53 (II, 396).

2. E. Tardif, *Coutumiers de Normandie*, précités, ch. xxx, 1, p. 23e, IIe partie, t. I.

3. Ord. de saint Louis contre les duels, en tête des *Établissements* (édit. Viollet), t. I, p. 492 et reproduite dans les *Établissements*, liv. I, ch. vii, viii, t. II, p. 16, 17.

diction du seigneur défaillant. En ce sens le décident la très ancienne coutume de Bretagne [1], sous peine de déchéance de l'appelant qui obéirait de bon gré aux injonctions du seigneur, et la coutume d'Auvergne [2] qui étend cette exemption de juridiction même en matière criminelle.

Si la défaute était prouvée à l'encontre du seigneur, les résultats n'étaient pas absolument identiques dans toutes les coutumes. On peut dire pourtant qu'en principe le lien féodal se trouvait rompu et que le vassal poursuivant relevait désormais du suzerain immédiat de son suzerain coupable [3]. Cette sanction comportait des degrés dans sa rigueur. C'est ainsi qu'au lieu de se limiter, quant à ses effets, à la personne même du vassal qui a souffert le déni de justice, elle s'applique à perpétuité à toute sa descendance dans la coutume d'Auvergne [4].

Dans le cas contraire, où le poursuivant échouait, il fallait distinguer : si l'appelant était tenancier noble, il devait payer une amende de soixante livres au profit de son seigneur et une amende égale au suzerain qui avait statué sur l'appel. S'il était « homme de pœste », il perdait ce qu'il tenait de son supérieur et payait soixante sous au roi [5]. Cette différence de traitement provient sans aucun doute du caractère plus ou moins étroit du lien qui unissait ces deux catégories de tenanciers, et qui, spécialement pour les roturiers, n'impliquait pas la prestation de foi et d'hom-

1. *La très ancienne coutume de Bretagne*, publiée par M. Planiol (Rennes, in-8, 1896), ch. 174, p. 187.

2. C. d'*Auvergne*, dans Bourdot : *Coutum. gén.*, ch. XXX, 10, t. IV, IIe partie, p. 1190.

3. Beaum., ch. LXI, § 39 (II, 389). P. Defontaines, *Conseil* (édit. J.-A. Marnier), ch. XIII, § VIII, p. 75. *Établiss. de saint Louis*, liv. I, ch. LVI, t. II, p. 80. *Coutume d'Artois* (vers 1300) (édition Ad. Tardif. Rennes, 1889, in-8), titre XVI, § 1, p. 49.

4. C. d'*Auvergne*, dans le *Cout. gén.* de Bourdot, ch. XXX, § 12, t. IV, IIe partie, p. 1190.

5. Beaum., ch. LXI, § 35, 37 (t. II, p. 387 et suiv.).

mage dont le respect s'imposait, au contraire, sous les plus rigoureuses conditions, aux tenanciers nobles [1].

La défaute de droit des juridictions municipales et ecclésiastiques. — La défaute de droit était ouverte non seulement à l'encontre des juridictions féodales, mais aussi contre les municipales, qui apparaissent peu à peu, et les ecclésiastiques.

Philippe III, dans une ordonnance de mai 1278, déterminant les conditions de la justice dans la ville de Rouen, se réserve en termes exprès la connaissance de tous les dénis et abus de droit dont la répression intéresse directement sa dignité royale [2].

En vertu du même principe, sans doute, nous rencontrons un arrêt de la cour du roi (8 novembre 1268) déclarant valable l'assignation en défaute de droit donnée au maire de Senlis par Hubert le Bécu, pour le motif que ledit maire avait prononcé un jugement, seul, sans l'assistance des jurés [3].

La coutume de Bayonne (1273), au contraire, disposait qu'en cas de défaute du droit, le maire devait être poursuivi devant une magistrature municipale supérieure : l'échevinage, « et dans ce cas les jurés devaient s'abstenir de l'assister dans les plaids ou conseils et refuser d'exécuter ses ordres jusqu'à ce que justice fût faite. Si le maire était condamné (les Établissements de Rouen prescrivaient la même chose [4]), il l'était à une peine double de celle qui aurait frappé un autre accusé [5]. »

1. La coutume d'*Auvergne*, dont la rédaction est, il est vrai, postérieure (1510), ignorait cette distinction et condamnait dans tous les cas l'appelant débouté à 60 livres tournois de fol appel, « et en tous dépens, dommages et intérêts envers le seigneur ». Ch. xxx, § 13. *Cout. gén.*, Bourdot, t. IV, II[e] partie, p. 1190.

2. Les *Établissements de Rouen*, édités par A. Giry (collection de la Bibliothèque des Hautes Études, Paris, 1885), t. II, p. 66.

3. Boutaric, *Actes du parlement*, n° 1270, p. 115. Les *Olim* (édit. Beugnot), t. I, p. 725, II.

4. *Établiss. de Rouen* (édit. précitée), art. 9; t. II, p. 16, 17.

5. Coutume de *Bayonne*, dans les *Établissements de Rouen*, t. I, p. 146. Sans

Les juges ecclésiastiques pouvaient aussi être poursuivis en défaute de droit. Le duel judiciaire, qui sera un obstacle à leur poursuite en faussement, n'avait point d'application ici. De fait, nous voyons la cour du roi recevoir, en 1264, la preuve qu'offraient de faire le maire et les jurés de Bray-sur-Somme d'un déni dont ils accusaient l'abbé de Corbie [1] ; et nous la voyons en 1285 condamner la dame de Paluelles, et son mari, à amender la défaute qu'elle avait intentée à tort contre l'évêque de Chalon-sur-Saône [2].

§ 2. — *Le faussement de jugement*

La seconde voie de recours contre les juges était le faussement de jugement. M. Esmein la définit « une prise à partie brutale du plaideur contre les pairs qui le jugeaient [3]. » Cette définition, pour être complète, devrait mentionner non seulement les pairs du plaideur, mais aussi son seigneur ou les mandataires de son seigneur, comme pouvant être l'objet de cette procédure.

Le faussement consistait essentiellement en une formule de défi jetée par le justiciable mécontent à la face de ses juges : « Vous avéz fet le jugement faus et malvés, comme malvés que voz estes [4]. » Les juges ainsi provoqués répondaient par la constitution de gages de bataille et la querelle se liquidait, selon la forme habituelle de l'époque, par le duel judiciaire.

Le vassal était donc admis à se battre contre son sei-

doute suivait-on, pour déterminer la compétence en matière de défaute de droit des juridictions municipales, la distinction établie en matière d'appel (cf. Pardessus, *Essai historique sur l'organisation judiciaire* (Paris, 1851, in-8), p. 360), et d'après laquelle ce dernier était porté soit devant le roi ou ses baillis, soit devant le grand vassal, suivant que le litige émanait d'un pays de l'obéissance le roi ou d'un grand fief de la couronne.

1. Boutaric, *Actes du Parl.*, n° 850, p. 78. *Olim*, t. I, p. 575, IV.
2. *Olim*, t. II, 250, X.
3. Esmein, *Hist. proc. crim.*, p. 26.
4. Beaum., ch. LXVII, § 7, t. II, p. 458.

gneur, « car il loist bien à l'omme à soi deffendre contre son segneur quand il l'accuse de malvestié [1]. » Mais une formalité préalable s'imposait à lui. Homme « de cors et de mains » de son seigneur, le vassal, par son ajournement, eût apporté une contradiction flagrante à tous ses serments de fidélité, s'il n'avait eu soin auparavant de dénoncer le contrat féodal. Il lui fallait donc, en premier lieu, « délaisser l'omage » de son sire en sa présence et en la présence de ses pairs. Faute de quoi, son défi équivaut à une offense à la cour et à une violation du pacte féodal; toutes « vilonies » qu'il amendera, hors tout combat, de soixante livres envers chacun des intéressés [2].

Le faussement, comme la défaute, était porté à la cour du suzerain du seigneur pris à partie [3]. Un pouvoir de contrôle et d'élimination, qu'on pourrait rapprocher de l'autorisation préalable imposée dans la suite, était accordé à ce suzerain personnellement. Il lui appartenait, en effet, de rejeter et de faire amender immédiatement les provocations dont la témérité était évidente, c'est-à-dire celles qui étaient fondées sur des jugements rendus en conformité manifeste de la coutume. Cependant le motif de cette intervention n'était point, comme il le devint dans la suite, le désir de sauvegarder l'honneur des juges, mais bien de prévenir le danger de corruption de la coutume que pourraient engendrer les triomphes successifs de plaideurs ayant attaqué des jugements réguliers. « Car s'aucuns apeloit de jugement qui aparoit estre bon par clere coustume, dit Beaumanoir [4], perix seroit, se li gage estoient soufert, que le coustume ne fust corrompue, si comme celi apeleres vainquoit le bataille. Et por ce ne doit on pas tex gages soufrir. »

Quant à son objet, le faussement devait être dirigé au

1. Beaum., ch. LXVII, § 7, t. II, p. 458.
2. Id., ch. LXI, t. II, p. 384.
3. M. Fournier, *loc. cit.*, p. 153.
4. Beaum., LXI, § 50 (II, 394).

début contre la cour entière qui avait rendu le jugement ; « en tel manière d'appel il converrait qu'il (l'appelant) se combastit toz seul encontre toz les homes, se tuit li home offroient le jugement à fere pour bon [1]. » Les Assises de Jérusalem (fin XIII[e] siècle) prescrivent la même obligation, d'une façon plus précise encore, en la fondant sur l'indivisibilité du jugement et la responsabilité solidaire de la cour. « Il covient que il se combate à toz les homes de celle court l'un après l'autre, aussi à ciaus qui n'auront mie esté à cel recort ou à la connoissance ou à l'esgart où au jugement faire, come à ciaus qui l'auront fait.... *et por ce que l'onor et la honte de celle court est commun à toz ciaus qui sont de celle court* [2].... » Il est vrai que la pratique vint adoucir peu à peu la rigueur de ces prescriptions. Au lieu de fausser la cour, le jugement une fois rendu, on en vint à fausser l'opinion de chaque juge au fur à mesure qu'il l'émettait [3] et même à circonscrire le faussement dans la personne du second ou troisième pair qui opinait dans le sens du jugement [4].

Le faussement ne jouait pas seulement à l'encontre du seigneur et des pairs réunis en cour féodale, mais aussi vis-à-vis des mandataires du seigneur : baillis et jugeurs. C'est du moins l'opinion de Laurière, qui ajoute que, lorsque le jugement était faussé contre les jugeurs, « le seigneur, en la cour duquel il avait été rendu, en avait la connaissance » par dérogation à la compétence habituelle

1. Beaum., LXI, § 45 (II, 392).

2. *Assises de Jérusalem* (édit. Beugnot), Ibelin, ch. CX, t. I, p. 179 et 180 ; même sens Navarre, ch. LXXXVII, t. I, p. 560.

3. Beugnot, dans les *Assises de Jérus.*, t. I, p. 181, ch. CX, note *b*.

4. « Cilz contre qui li jugemenz est donez, puet tantost demander auquel que lui plera des homes qui sont au jugement rendre, s'ils usent de tel jugement, et s'il dit que oïl, à un autre aussi quel qu'il vorra, puet demander ; et s'il aussi s'i assent lors puet dire li fausseres qu'il vorra des trois : vos fausé je de tel jugement car il n'est ne bon ne loiaus ; et en doit porter son gage en la main au seignor, et doit requerre jor resonable a prover ce qu'il a arrami. » *Conseil* de P. Defontaines, ch. XXII, § 1, p. 285 ; même sens Beaum., ch. LXI, § 47, t. II, p. 392.

du suzerain. Rien ne lui interdisait de présider un débat où il n'était plus personnellement partie [1].

Par contre, cette sorte de prise à partie n'est recevable que contre les juges ; notamment, elle n'aurait pu s'appliquer à des arbitres à raison de leur décision [2].

Du côté des justiciables, tous n'étaient pas admis, dans tous les cas, à user de cette voie de recours. Deux maximes de droit féodal concouraient, en effet, à en limiter le champ d'exercice. En premier lieu, celle qui voulait que le pair seul fût autorisé à contredire les assertions de son pair ; en second lieu, celle qui édictait, pour un certain nombre de personnes, l'incapacité d'engager le duel judiciaire, formalité indispensable en la matière.

De la combinaison de ces deux règles résulte d'abord que le vilain ne peut fausser le jugement de son seigneur ; car « il ne loist pas a serf a combattre soit a france persone [3] ». Les Établissements proclament, dans ce même sens, que « nus homs costumiers ne puet jugement fere, ne fausser, ne contendre », et ils ajoutent comme sanction à cette disposition : « et s'il avait dit a son seignor « vos m'avez fait faus jugement » et li jugemans fust bons et loiaus il en feroit au seignor LX sols d'amende et à tous ceux qui avroient esté au jugement qui seroient gentil home ou qui avroient fié [4] ».

Mais à cette règle il y a une exception : « Vilain ne puet fauser le jugement son seignor, ne de ses homs s'il n'est garniz de loi privée par quoi il le puisse faire [5] ». Ce cas se présentait lorsqu' « il possédait une « chartre » ou vi-

1. Laurière, cité par Viollet, *Établiss* , t. IV, p. 246. M. Esmein (*Hist. proc. crim.*, p. 27) semble pourtant soutenir un avis opposé.

2. Beaum., ch. LXIII, t. II, p. 425.

3. Id., LXIII (II, p. 417).

4. *Établiss.*, liv. I, ch. CXLIII, t. II, p. 275 ; mêmes dispositions dans la coutume de *Touraine-Anjou* (1246) (ch. CXXXI) et l'*Abrégé champenois* (fin XIII[e] s.) (ch. LXXXIV) rapportés dans *Établiss.*, édit. Viollet, la première, t. III, p. 88 ; le second t. III, p. 161.

5. Defontaines, *loc. cit.*, ch. XXII, § 3, p. 287.

vait d'après une coutume qui lui accordait le droit de fausser [1] ». M. Viollet [2] croit en trouver un exemple dans la coutume d'Anjou-Touraine, qui octroyait ce droit au vilain, sous réserve d'une amende au cas où il échouerait dans sa preuve. Rares au début, de semblables concessions devinrent sans doute plus fréquentes au fur et à mesure que les vilains reçurent la faculté de soutenir le combat judiciaire (XIIIe siècle).

Une incapacité, analogue à celle du vilain, pesait sur tous ceux qui ne pouvaient user du duel. C'étaient, entre autres : les mineurs de quinze ans, les bâtards [3], les clercs, les femmes et tous les criminels : « homicide, envenimeur, courtrier, larron [4]... »

Quant à ceux qui échappaient aux incapacités précédentes, s'ils pouvaient, en principe, appeler de toute sentence, ils n'en voyaient pas moins en fait leur action paralysée par de nombreuses exceptions. Beaumanoir [5] en énumère dix-sept et, notamment, dans les hypothèses suivantes : quand on appelle certainement à tort « car apiax qui n'est pas véritable, n'est pas à recevoir et tix (telles) manières d'apiax sunt apelé auvoire (tromperie). Autant vaut auvoire comme bourde proposée en jugement » ; quand on a déjà appelé une première fois : gages sur gages ne sont pas à recevoir ; dans toute matière où le duel judiciaire est interdit, par exemple [6] : douaire des femmes, legs, partages de succession, conventions écrites, contestations entre père et enfants, entre frères ; quand le jugement rendu est manifestement conforme à la coutume, etc....

1. M. Fournier, *loc. cit.*, p. 147.
2. Viollet, *Établiss.*, t. IV, p. 150.
3. « Mais si li apeleres et li apelés sunt bastart, li apiax tient. » Beaum., ch. LXIII, t. II, p. 419.
4. *Cons.* de Defontaines, ch. XXII, § XXVIII, p. 308.
5. Beaum., ch. LXIII, t. II, p. 418.
6. Pardessus, *Mémoire sur l'origine du droit coutumier en France.* Mémoires de l'Institut. Académie des inscriptions et belles-lettres, t. X (Paris, 1833), p. 699.

A quel moment devait-on formuler son appel ? Aussitôt le jugement rendu, « car s'il n'apele tantost, convient que li jugemens soient tenus pour bons, quix qu'il soit [1] ». Entre cette remise de gages, qui suivait immédiatement le jugement, et le combat, un délai plus ou moins long pouvait d'ailleurs s'écouler [2] ; mais une fois le combat engagé, tout devait se terminer en un jour. Si l'appelant « ne les vainc toz en un jour, il doit estre pendu par la goulle [3] ».

Avant le combat, appelant [4] et appelé [5] pouvaient proposer des excuses, « ensoines », dont l'appréciation appartenait au juge suzerain. Si l'excuse du fausseur était rejetée, le résultat était pour lui le même que s'il avait succombé dans son faussement.

Jusqu'à ce qu'il eût reçu une solution définitive, le faussement entraînait, au profit de la cour suzeraine qui en était saisie [6], une suspension de compétence de la cour prise à partie ; non seulement pour le litige en jeu [7], mais aussi pour tous les autres plaids auxquels le fausseur eût été partie [8]. Recevoir jugement des juges faussés, c'est, en effet, les tenir pour bons jugeurs, et une telle contradiction mérite la déchéance de l'appelant.

Le combat terminé, le tribunal supérieur proclamait le résultat et les conséquences juridiques qui en découlaient. Cela ne se trouve pas formellement dans les textes, mais « résulte évidemment de ce fait qu'il y avait des peines à

1. Beaum., ch. LXI (II, 388).
2. *Assises de Jerus.*, Navarre, ch. LXXXVII, t. I, p. 560.
3. *Id.*, Ibelin, ch. CX, t. I, p. 182.
4. Beaum., ch. III, t. I, p. 69.
5. Id., ch. LXI, t. II, p. 377.
6. « Ains doit pledier de ses quereles en le cort du sovrain où li ples de l'apel doit estre demenés. » Beaum., LXVII, § 15 (II, 466).
7. « La querele de quoi li gage sunt deit demorer en l'estat qu'elle est el point que li gage sunt doné. » Beaum., LXI, § 56 (II, 397).
8. « Il est bien mestier (besoin) à cix qui voelent fausser jugement qu'ils se prengnent garde que l'apel pendant, ils ne rechoivent jugement de cix de qui il apelerent, car il aroient renoncié à lor apel, parce qu'ils tenroient à bons jugeurs cix de qui il aroient apelé. » Beaum., ch. LXVII, § 15 (t. II, p. 466).

appliquer et que, pour les appliquer, il fallait les prononcer [1] ».

La sanction dernière de cette procédure était donc exclusivement pénale. Sans doute n'est-il pas téméraire de conjecturer qu'accessoirement à la condamnation du juge et à sa déchéance, devait se rattacher l'infirmation de son jugement, comme, au cas contraire, son triomphe devait donner une valeur définitive et indiscutable à ce jugement. Il n'en demeure pas moins que c'est uniquement des sanctions pénales que se préoccupaient les coutumes.

Les peines se différenciaient légèrement selon que c'était l'appelant ou l'intimé qui succombait. Dans le second cas, le suzerain vaincu « a perdu respons en cort » [2], et Beaumanoir ajoute qu'en outre, il paye amende de 60 livres [3]; dans le premier cas, où le fausseur échoue, celui-ci paye 60 livres d'amende au seigneur et à chacun des membres de la cour féodale [4] et s'expose à subir de plus « peine de cors...., sauve sa vie et ses membres [5] ».

Ces pénalités, à peu près analogues en France à celles édictées pour la défaute de droit, prirent, dans la législation du royaume de Jérusalem, tout imprégnée des principes féodaux, les proportions de redoutables châtiments. Si la Haute Cour succombe, en effet, elle est déchue pour toujours du droit de juger, ses membres ont la tête coupée et leur langue arrachée est coupée en menus morceaux par-devant le peuple [6]. L'appelant vaincu, d'autre part, est décapité, et un cavalier promène par la ville, sur

1. Marc. Fournier, *loc. cit.*, p. 153.
2. Defontaines, ch. XIII, § VI, p. 74.
3. Beaum., ch. LXI, § 39 (II, 389).
4. Id., ch. LXVII, § 9 (II, 459).
5. Defontaines, ch. XXII, § 10. *La coutume d'Anjou et du Maine* (XIII[e] s.) (édit. Beautemps-Beaupré, Paris, 1877-1897, 8 vol. in-8, t. I, p. 118) ajoute, dans son ch. 89, que, du fait de l'échec de son seigneur, le vassal est délié de son hommage pour le présent et l'avenir. Dans le cas contraire, le vassal qui échoue perd aussi son fief.
6. *Assises*, Navarre, ch. LXXXVII (I, 561).

une pique, sa tête d'où l'on a extrait la langue, en criant : Gardez-vous de dire tel outrage, comme tel homme dit, qui appela la Haute Cour de mon seigneur, fausse, qui est bonne et loyale ; car telle est la justice de mon seigneur [1]. Au cas où c'est la Cour des bourgeois qui a été provoquée, on impose à l'appelant défaillant une amende et, s'il ne la peut payer, on lui doit couper le tiers de la langue « si que mais ne puisse la cort appeler fausse [2] ».

Lorsqu'on considère, avec les mille entraves apportées à l'exercice de cet appel, les difficultés qu'il y avait d'y réussir, surtout à cette période primitive où le fausseur devait défier et vaincre tous les membres de la cour en une seule journée, on ne peut se défendre de conclure avec Jean d'Ibelin « que nul home, se Dieu ne faiseit apertes miracles por lui, qui la faussast en son dit, la peust fausser en fait; et se il s'en assaiast, que il peut eschaper d'aveir le chef copé ou d'estre pendu par la goulle [3].... »

De telles difficultés, que les usages accumulaient sur la tête du fausseur, faisaient au juge une situation singulièrement privilégiée. Sans doute est-il permis de penser qu'il lui restait, dans ces conditions, assez de sang-froid pour consulter dans son jugement, contrairement à l'affirmation de M. Morizot-Thibault [4], plus sa conscience que la force des parties et pour que sa responsabilité ne dégénérât point nécessairement dans le triomphe de la crainte sur le droit.

1. *Assises*, Navarre, ibid.

2. *Assises*, Cour des bourgeois, ch. CCLXVIII, t. II, p. 203. Cette répression barbare était, il est vrai, tempérée, dans ce cas, par une possibilité de rétractation et de pardon du fausseur.

3. *Assises*, Ibelin, ch. CX, t. I, p. 182.

4. M. Morizot-Thibault, *De la responsabilité des magistrats*. Mémoire présenté à l'Académie des sciences morales et politiques. Publié dans le Compte rendu des séances de cette assemblée. Année 1905, p. 553.

SECTION II

Transformation des règles féodales

L'excessive rigueur du pur droit féodal n'alla pas sans se relâcher peu à peu. La première manifestation de cette tendance consista sans doute dans la distinction des appels, avec ou sans vilain cas, entre lesquels les parties pouvaient opter en toute liberté [1]. Beaumanoir [2] nous l'indique déjà : « il sunt deux manières de jugemens fausser desquelles li uns des apiax se doit demener par gages, quand on ajoute avecque vilain cas ; l'autre se doit demener par erremens sor quoi li jugemens fut fes. » La grande différence, on le voit, réside dans la nécessité ou l'absence du combat comme mode de preuve. Ce qui fonde la distinction, c'est le caractère injurieux ou non de la provocation.

La formule du faussement avec vilain cas est l'ancien défi que nous avons déjà cité : « Vos avez fait le jugement faus et malvés comme malvés que voz estes. » Elle constitue une imputation infamante pour l'honneur des juges, une offense à leur personne que le duel doit tout naturellement effacer. La formule nouvelle est, au contraire, une requête tendant seulement à l'amendement du jugement : « Cis jugemens est faus et malvés et requiert l'amendement de la cort mon segneur [3]. » Sans doute est-il permis de voir, dans ce second moyen de procédure, l'ébauche d'une tentative d'instauration de l'appel proprement dit en droit français. Le traitement plus favorable du juge, qui, cette fois, hormis la cause en litige, garde sa compétence normale [4], nous confirme dans cette opinion

1. M. Fournier, *loc. cit.*, p. 157.
2. Beaum., LXVII, § 7 (II, 459).
3. Id., LXVII, § 7 (II, 458).
4. Id., LXVII, § 12 (II, 462).

que ce n'est plus surtout la personne du jugeur qu'on attaque, mais bien son jugement.

Par là un progrès considérable va s'accomplir : celui de la substitution du procès à l'acte judiciaire, au procès, des époques primitives, à l'auteur même de cet acte. Le jugement se détache de la personne même du juge et son sort ne dépend plus, dorénavant, de l'issue d'un corps à corps où la force physique, arbitraire et brutale, prétend emporter la consécration du droit ; il est lié aux conclusions d'un nouvel examen judiciaire où la discussion, le raisonnement et la science juridique donnent tous les gages désirables de clairvoyance et d'impartialité. De plus, l'infirmation du jugement n'a plus pour effet principal d'emporter une sanction pénale sans rapport avec l'objet du litige et souvent disproportionnée à l'intérêt en jeu ; elle aboutit simplement, par l'amendement de la sentence primitive, à dégager et à affirmer le droit véritable des plaideurs, ce à quoi tend exclusivement tout procès.

A la même époque que Beaumanoir, *li Livres de Jostice et de Plet* nous révèle le même effort vers une organisation juridique de l'appel : « Qui apele de malves juigemenz n'a pas aucion contre les juiges, ne contre les juigeors, an els rien demander; mès les demendes et les deffenses appartiennent les parties adverses [1]. »

Les Établissements de saint Louis, dans un passage que nous avons déjà partiellement cité, distinguent, eux aussi, lorsqu'ils édictent les peines du vilain qui a faussé, selon qu'il a requis un simple amendement de jugement ou selon qu'il a défié ses juges. Dans la première hypothèse, l'amende est moins forte que dans la seconde [2] ; c'est donc que les Établissements présupposent l'existence normale

1. *Jostice et Plet* (édit. Rapetti), ch. XVI, § 1, p. 331.

2. *Établissements*, livr. I, ch. CXLIII (t. II, p. 275); même sens dans C. *Touraine-Anjou*, ch. CXXXI, et *Abrégé champenois*, ch. LXXIV, rapportés dans *Établiss.*, édit. Viollet, t. III, p. 88 et p. 16.

de cette sorte de recours. Ils la prévoient d'ailleurs explicitement, dans un cas particulier, lorsqu'ils édictent la compétence de la cour du roi pour les appels des gentilshommes [1].

Le dernier coup porté au faussement fut la prohibition des duels judiciaires par l'ordonnance de saint Louis (1257-1261) [2]. Implanté chez les Francs dès les premiers Mérovingiens, sinon sous la *Lex Antiqua* elle-même [3], maintenu et réglementé par les Carolingiens [4], ce mode de preuve devait trouver son plein épanouissement dans un état social guerrier et chevaleresque comme le moyen âge. Tout particulièrement ce fut lui, nous l'avons vu, qui devint le pivot de notre procédure ; et cela était dans l'ordre naturel des choses, somme toute, puisqu'il s'agissait de régler, en l'absence d'une institution judiciaire souveraine et hiérarchiquement organisée, les différends nés entre juges et parties à raison de la mauvaise exécution d'un contrat privé. L'on conçoit dès lors que si l'on supprime, à l'encontre des juges faussés, le duel judiciaire en même temps qu'on ouvre largement une voie de recours, plus efficace en définitive, dans l'appel en amendement de jugement, le choix des plaideurs se soit porté vers le second moyen de préférence au premier. Ce fut bien là ce qui advint en fait, si nous en jugeons par la grande importance que prend dans les textes postérieurs l'appel proprement dit, alors que le faussement semble ignoré d'eux ou confondu avec l'appel même [5].

1. *Établiss.*, livr. I, ch. LXXXIII (II, 135), même sens C. *Touraine-Anjou* (mai-août 1246), ch. LXXI (*loc. cit.*, III, p. 46).

2. Sur ce point, J. Tardif, *La date et le caractère de l'ord. de saint Louis sur le duel judiciaire* (Paris, 1887, in-8), p. 3 et 4.

3. Thonissen, *Mémoire sur le droit coutumier*, p. 361.

4. M. Fournier, *loc. cit.*, p. 410 et suiv.

5. Par exemple ce passage des *Coutumes glosées de l'Anjou et du Maine* (édit. Beautemps-Beaupré précitée, t. I, p. 302), ch. 83 : « Et sachiez certainement que nul juge ne doit tenir à injure que l'en appelle de sa sentence et de faux jugement en grant querelle ne en petite. »

L'ordonnance de saint Louis, que reproduisirent dans la suite les Établissements [1], disposait : « V. Se aucuns viant fauser jugement en païs là où faussement de jugement afiert, il n'i aura point de bataille mais li clains et li respons et li autre errement dou plait seront raporté en nostre court ; et selonc les erremenz dou plet l'en fera tenir ou depecier le jugement. Et cil qui sera provez en son tort l'amandera par la coustume de la terre. »

Le faussement sous sa forme originale a vécu [2]. Il va se trouver supplanté par la demande en amendement de jugement, qui se combinera elle-même avec l'ancien recours pour violation de la coutume, dont le roi n'a jamais cessé, à travers le moyen âge, d'avoir la connaissance [3].

A la même époque se dessine un mouvement tendant à restaurer la responsabilité des juges sur ses bases véritables. Ce n'est plus le lien féodal, contrat privé, qui la fonde, mais bien des règles positives d'une portée générale, supérieures aux juges et s'imposant à eux pour le bon fonctionnement de leur juridiction. Semblable progrès, remarquons-le, est intimement lié au long effort de reconstitution de la souveraineté entrepris par les rois, à leur profit, et c'est dans cet effort qu'il trouvera sa raison d'être initiale et le meilleur agent de son succès. La responsabilité des juges à raison des actes de leurs fonctions

1. O. de saint Louis ; en tête des *Établissements*, édit. Viollet, t. I, p. 492, reproduite dans les *Établissements*, ch. VII, t. I, p. 16.

2. M. Tardif cite le premier appel ayant eu lieu sans gages de batailles, par application de l'O. de saint Louis, comme étant de 1264 (*Proc. civ. et crim. XIII^e et XIV^e s.*, p. 152). Le duel judiciaire ne disparut pas pourtant immédiatement d'une façon absolue ; des ordonnances successives de Philippe le Bel (1296 ; 1303), renouvelant sa prohibition, le prouvent.

3. Defontaines, ch. XXII, § XXXIII : « Quand aucuns dit que l'en li a fait jugement contre la costume del païs commune, bien afiert au roi, qui les costumes a à garder, qu'il oïe le recort du jugement » (p. 314). Le *Coutumier d'Artois*, tit. XI, § 1 : « Li rois à la connoissance.... de défaute de drois ou de jugement fait contre commune coustume » (édit. Ad. Tardif précitée, p. 42). M. Pardessus (*Mémoire sur origines dr. coutumier*, p. 694) compare cette procédure « à ce que nous appelons aujourd'hui cassation ».

ne peut apparaître, en effet, qu'autant que le pouvoir judiciaire est organisé en pouvoir autonome, ayant une individualité propre, mais subordonnée pourtant à une autorité souveraine qui en contrôle et en réglemente l'activité. Ces conditions, absentes du régime féodal pur, se réalisèrent peu à peu au fur et à mesure de la réédification du pouvoir royal en France. Nous verrons d'ailleurs dans la suite la responsabilité des magistrats, et spécialement leur responsabilité civile envers les particuliers, devenir, dans la main du monarque, un instrument précieux de coercition et de coordination politique de la magistrature.

La conséquence immédiate des principes nouveaux, c'est l'entrée en ligne de compte de l'intérêt du justiciable, dès que la marche normale de la justice a été faussée à son détriment et en violation des règles de sauvegarde qui ont été posées. Le pouvoir judiciaire, considéré comme fonction publique, existe avant tout dans l'intérêt du justiciable. Il est donc d'équité élémentaire que, chaque fois qu'il faillit à sa mission et lèse le justiciable sciemment et à tort, il lui doive réparation.

Nous trouvons, dès le XIII^e^ siècle, l'application de ces diverses considérations.

Le premier devoir du juge, que consacrent les coutumes, c'est de se montrer intègre et loyal. Et « se li juges fet trecherie qu'ils soit puniz et se li droiz est dit autrement que ne convient, par la nicete as jugeors ce ne doit pas nuire as jugé, mès au jugeors [1]. » C'est l'obligation pour le juge de réparer les dommages causés par son dol qui se trouve être consacrée par là, puisque tout le poids de la mauvaise sentence doit retomber sur lui.

Ainsi, la très ancienne coutume de Bretagne (1312-1325) pose des règles très intéressantes de responsabilité pécuniaire des juges à raison d'irrégularité dans l'application

1. *Jostice et Plet*, ch. III, § 7, p. 78.

de la torture ou d'acquittement subséquent de l'accusé. L'homme qui a subi la torture sans avouer sera « quictes et délivres », dit-elle, « et il ne sera pas dédomagié quar l'en li auroit ce fait par droit ou par coustume et de là où l'en auroit trouvé presumpcions ou enquête de fait ou commune renommée. Et aussi ne doit l'en mettre homme, [ne famme] en joux ou gehinne, tant que l'on ait procédé contre eulx en telle guise, et qui le feroit le devrait amender à suzeraine justice *et partie et desdopmagier;* ou si la justice estoit soue et il avoast ceul qui auroit ce fait, il la devroit perdre [1]. » De même pour le cas d'acquittement : « et au cas que l'en ne prouveroit riens contre lui, il seroit absouls de tout en tout, et après que il seroit absouls, *il pourroit demander des domages vers la court* ou vers ceulx qui le auroient assoré, et les devroit avoir par reson [2]. »

Dans l'ordre des juridictions royales, des lettres de Charles VI, données à Paris le 21 juillet 1388, nous apprennent que « si les juges mesprennent on aucunement delinquent dans l'administration qui leur est confiée, ils seront tenus d'en répondre comme il appartiendra de raison » [3], mais sans préciser la façon dont ils en répondent. La coutume d'Anjou et du Maine (XIII[e] siècle) est plus explicite et pose en règle que « si le jugement ne fut bien fet, le roi [qui dans ce cas a une compétence générale] en doit fere les couz et les domages rendre au baillif qui fit le jugement [4] ». Et comme il était admis que « jamais un jugement n'est déclaré nul qu'il n'y ait de la faute du juge » [5], c'est de toutes ses erreurs et nullités, même involontaires, que ce juge est ainsi rendu comptable.

Cette responsabilité de mal jugé, ancienne survivance

1. *Très anc. cout. de Bretagne*, édit. Planiol précitée, ch. 101, p. 144, 145.
2. *Ibid.*, ch. 103, p. 146.
3. Cité par Déroulède, *loc. cit.*, p. 34. Même sens : Bouteillier, *Somme rurale* (Paris, MDCXXI), liv. II, tit. I, 1653.
4. C. *Anjou-Maine* (édit. Beautemps, précitée), ch. 89, p. 117.
5. Loyseau, Œuvres, t. I, *Des offices*, ch. XIV, § 87, p. 93.

du faussement sans aucun doute, ne pèse pas seulement sur les juges royaux mais aussi, si nous nous en rapportons à certaines coutumes du nord de la France[1], sur les juges seigneuriaux de tout ordre. La sanction, il est vrai, consiste ordinairement[2] dans ce cas en une amende de 60 sous parisis que les juges doivent payer à leur seigneur; mais le caractère de cette amende coutumière, comme celui de l'amende de fol appel qui en est la contrepartie, n'est « point à proprement parler pénal, ny en quelque façon que ce soit criminel mais fiscal, seigneurial, patrimonial et purement civil et comme tel n'infamait point le condamné[3] ». Sans doute y aurait-il quelque chose de choquant à voir le seigneur se faire ainsi une source de revenus personnels des mauvaises sentences de ses juges, s'il n'était permis de supposer qu'on se trouve à une époque de transition, où la responsabilité des juges, dégagée de son caractère exclusivement pénal, comme est celui des assises de Jérusalem par exemple, et s'acheminant vers une responsabilité d'ordre civil, se traduit par une redevance fixe envers le seigneur avant d'aviser aux dédommagements des parties lésées. Quoi qu'il en soit, on peut dire d'une façon générale que, sauf exception (il y avait exception à Paris, pour le bailli de l'évêque en ma-

1. C. d'*Amiens* (1567), tit. XI, ch. CLXXXVIII : « Lesdits vassaux doivent faire les jugemens, appointemens et sentences sur contredit des causes et matières criminelles et civiles où y a contention entre le seigneur et les vassaux, pour droicts de leurs fiefs, estans pendantes en la justice desdits seigneurs, *et ce au péril et dépens desdits vassaux.* » Bourdot, *Cout. gén*, t. I, p. 185. Id., *Saint-Omer* (1509), ch. XXXVIII, *Cout. gén.*, t. I, p. 286. Comté de *Saint-Paul*, ch. XIV, art. 1. *Cout. gén.*, t. I, p. 352. Comté de *Ponthieu* (1495), tit. XV, ch. CLXXXII, *Cout. gén.*, t. I, p. 102. *Boulenois* (1493), tit. VIII, ch. XXXVIII. *Cout. gén.*, t. I, p. 47.

2. *Le style du Parlement* (XIV^e^ siècle) distingue entre les pays de droit écrit et les pays coutumiers. Dans les pays de droit écrit, que les juges soient royaux ou autres : pas d'amende; dans les pays coutumiers, juges royaux : pas d'amende; autres juges : amende (style du Parl. de Guillaume du Breuil, traduction contemporaine éditée par H. Lot (Paris, in-fol., 1877), p. 102).

3. *Coutume de la prévôté et vicomté de Paris* (1580), par J. Brodeau (2 vol. in-fol., Paris, 1689), t. I, p. 585.

tière temporelle, notamment [1]) on en était arrivé à obliger tous les juges à venir défendre leur jugement devant la juridiction supérieure saisie de l'appel.

Pour ce qui est des juges seigneuriaux toutefois, leur responsabilité présentait cette particularité que l'amende ne leur incombait pas à eux personnellement, en définitive, mais seulement au seigneur qui les avait nantis de sa justice. C'est ce que décide Jean des Mares [2] (fin XIVe siècle) : « un seigneur ne peut désavouer son baillif, des exploits faits en exerçant son office de baillif ; mes est tenu ledit seigneur de les soutenir, soient bons ou mens deuëment fets et de l'amende se elle y chiet : quar le baillif représente la persone de seigneur en tout cas. » La coutume de Lorris [3] (1494) et l'article 27 de l'ordonnance de Roussillon (1563) contenaient une prescription analogue. Le seigneur de son côté, il est vrai, avait son recours contre son juge et pouvait de ce fait le destituer *ad nutum* [4]. Mais cette pratique, trop rigoureusement observée, pouvait aboutir à des invraisemblances, comme le démontre Loyseau qui se demande, au cas où « un seigneur a perdu sa cause devant son juge (comme il arrive souvent) et est appelant : s'il est dit mal jugé faudra-t-il que le seigneur qui obtient en cause d'appel

1. « Quand le bailli (de l'évêque dans les limites de sa juridiction temporelle) ayant donné une sentence, partie en appelle en Parlement, et il est dit mal fait et jugé, l'evesque ny son bailli n'en payent point d'amende.... et ne sont tenus l'evesque ny son bailli de défendre leur jugé ou sentence et si pour ce ils sont adjournez, ils ne sont tenus fors que d'eux présenter au parlement. » *Coutume de Paris* (édit. Brodeau précitée), t. I, p. 14.

2. *Décisions de messire Jean des Mares*, CCIV, à la suite de la *Coutume de Paris, loc. cit.*, t. II, p. 599. Dans le même sens : Guy Coquille, *Questions et réponses sur les articles des coustumes de France* (Paris, 1644), ch. VI, p. 26, 27.

3. *Cout. de Lorris*, ch. XXII, § 359 (publiée par Ad. Tardif, Paris, 1885) : « Le seigneur est tenu prendre la cause pour son bailly ou garde de justice duquel a esté appelé et icelle poursuyvre à ses frais, coultz et dépens ; car ledict seigneur ne peult désadvouer sondit bailly ou garde de justice, soit qu'il ait bien jugé ou mal jugé. »

4. Louet et Brodeau, *Recueil de plusieurs arrests notables du parlement de Paris*, t. II, O. IV, p. 270.

paye pour son juge, qui l'avait condamné lui-même [1] ? »

Quelle était la nature exacte de ces différents recours contre les juges ? Étaient-ce des moyens distincts de l'appel ou se confondaient-ils avec lui ? nous inclinons plus volontiers vers la seconde opinion.

Avec la désagrégation lente du système féodal, le faussement, qui avait eu son prestige considérablement diminué par la prohibition du duel judiciaire, disparut peu à peu, nous l'avons vu, au profit de l'appel. Dès lors il ne restait, en l'absence d'une procédure propre, que cette dernière voie qui pût offrir aux plaideurs la ressource de faire sanctionner les fautes et les erreurs de leur juge. Aussi n'est-il pas téméraire de penser, qu'accessoirement à l'amendement du jugement qui est son objet principal, l'appel contribua à rendre effective la responsabilité pécuniaire des juges, en permettant d'établir, soit leur dol, soit leur mal jugé. De telle sorte qu'on peut dire que la prise à partie avant la lettre ne fut, en fait, qu'une des faces de l'appel, à laquelle vint s'adapter dans la suite tout un système spécial de procédure [2].

1. Loyseau, Œuvres, *Des offices*, liv. I, § 107, p. 94.

2. Cf., dans ce sens, Loyseau, Œuvres, *Des offices*, t. I, ch. XIV, § 87, p. 93. Poullain-Duparc, *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne*, t. X, p. 905.

CHAPITRE IV

LA PÉRIODE ROYALE

SECTION Ire

Les ordonnances royales

La lutte entreprise par les rois, pour la reconstitution de leur souveraineté effective, devait tout naturellement les amener à substituer, en matière judiciaire, à l'organisation féodale une administration nouvelle. En effet, c'est bien là l'effort que révèle, vers la fin du moyen âge, l'extension de compétence des juridictions proprement royales : prévôts, baillis, parlement, concomitante à l'abaissement des juridictions rivales [1]. Mais il importait que l'organisme nouveau, né de cet effort, fût puissamment coordonné dans la main du roi. Or à cela pourvut toute une série de dispositions postérieures, d'où se dégagent les règles d'une hiérarchie fixe et uniforme et d'une discipline sévère du corps judiciaire tout entier. C'est ainsi que du xve au xviie siècle, au cours des deux siècles où s'élabore la réédification du pouvoir judiciaire, nous avons relevé près d'une centaine de textes édictant la responsabilité pénale ou civile des magistrats.

1. Cf. Esmein, *Hist. du dr.*, p. 350 et 412 et suiv.

De ces deux sortes de responsabilités, la seconde seule nous intéresse. Elle apparaît soit comme pénalité principale et unique, soit plus généralement comme accessoire aux châtiments divers portés contre les juges : suspension ou suppression d'office, amende, punition exemplaire, perte de gages, peines du parjure ou de la concussion ; soit aussi comme accessoire à la nullité de la procédure commise par le juge. De telle sorte que, si la considération des intérêts privés ou du préjudice causé apparaît dès cette époque dans la répression des écarts des magistrats, elle n'est, la plupart du temps, que subordonnée à des considérations d'ordre disciplinaire et ne compte que comme un moyen très efficace de coercition.

§ 1er. — *Les ordonnances antérieures à 1667*

Nous voyons la responsabilité civile des juges intervenir dans presque toutes les circonstances où la faute du juge, son dol ou une simple illégalité sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts privés en cause.

Cela se présente, d'abord, lorsqu'il y a violation des formes établies par les ordonnances. Les juges répondent des nullités qui en découlent. Il n'y a rien là que de très conforme à l'équité et c'est peut-être aussi la meilleure façon d'assurer le respect des règles nouvelles de procédure, que nécessite l'extension même des juridictions royales, et dont l'introduction, destinée à redresser d'anciens abus, est susceptible de heurter bien des préventions.

Nombreux sont les cas de nullité accompagnés de cette sanction. C'est par exemple la nullité qui sanctionne l'obligation, pour le juge qui prononce la sentence, d'assister à l'instruction du procès (édit 1593, art. 23) ; de dresser promptement les arrêts (Code Michaut 1629, art. 84) ; d'observer les ordonnances sur les délais (Ord. d'Orléans (janv. 1660), art. 57 ; Roussillon (1563), art. 4, et Blois (1579),

art. 156) et les formes prescrites pour les enquêtes (O. Blois, art. 203). Plusieurs textes aussi, s'appliquant à circonscrire et à réglementer la procédure des jugements par commissaires, édictent des nullités ouvrant une action en indemnité contre le juge (O. Blois, art. 135; O. 28 oct. 1446, art. 34; Moulins (1566), art. 68, 69; O. 1597, art. 22; Roussillon (1563), art. 30). L'ordonnance de Villers-Coterets [1] (1339), article 143, va même jusqu'à poser d'une façon générale la responsabilité en dommages-intérêts des juges à raison de toute faute notable dans l'expédition des procès [2].

Le second chef de dispositions qui emportent la responsabilité pécuniaire des magistrats envers les plaideurs, embrasse les conflits de juridiction et les dénis de renvoi. Il y a bien des hypothèses; nous nous bornerons à en citer quelques-unes : les juges des requêtes du palais ne peuvent connaître de ce qui est attribué à la cour des Aydes (édit Rouen 1597, art. 30); ni les juges royaux entraver l'exercice des juridictions consulaires nouvellement

1. Cette ordonnance et quelques autres sont citées d'après les discours prononcés par le conseiller Pussort lors de l'élaboration de l'ord. de 1667 et recueillis dans le procès-verbal des séances (*Proc.-verb des O. de 1667 et 1670*, p. 43 et suiv.; p. 482 et suiv.). Nous devons dire à ce sujet que nous n'avons pas toujours trouvé, lors du contrôle que nous avons effectué, une concordance exacte entre les textes rapportés par Pussort et ceux donnés dans divers recueils d'ordonnances (notamment Isambert); c'est le cas, par exemple, pour l'ord. de Villers-Coterets. Nous n'avons pas cru néanmoins devoir éliminer ces ordonnances de notre travail, étant donné qu'on trouve parfois de semblables divergences, non seulement de forme mais aussi de fond, entre les anciens recueils d'ordonnances. (Nous en pourrions citer un exemple dans les recueils de Fontanon (*Édits et ord.*, Paris, MDCXI), t. I, p. 619, et celui de Villevault-Brequigny (Paris, 1782), t. XIII, p. 480, qui pour la même ordonnance, le même article, contiennent pourtant des délais absolument différents) Ajoutons, de plus, que la haute autorité du conseiller Pussort et de l'assemblée où il produisait ses citations, et l'opposition très vive dont il était l'objet de la part d'hommes tels que le premier président de Lamoignon nous apportent de sérieuses garanties d'authenticité pour ses références et nous autorisent à les tenir pour bonnes jusqu'à preuve contraire.

2. D'autres points sont encore prévus par l'*O. Blois*, art. 143, et le *C. Michaut*, art. 83, 89, 92.

créées (Déclar. de Bordeaux, 28 avr. 1565, ch. IX, art. 5) ; ni les prévôts des maréchaux empiéter sur les tribunaux de droit commun (O. Orléans, janv. 1560, art. 70) ; ni les présidiaux refuser de renvoyer les domiciliés à leurs juges normaux (O. Amboise, janv. 1572, art. 12). Les cours souveraines elles-mêmes ne doivent s'opposer ou mettre obstacle à l'exécution des décisions des juridictions subalternes (édit août 1560, art. 2) ; pas plus que retenir au fond la cause principale après le rejet de l'appel (O. Blois 1579, art. 179). Tous les juges enfin sont tenus de répondre aux fins de non-recevoir soulevées devant eux et d'y répondre par voie de jugement sommaire (O. Blois, art. 147 et 154).

Les épices, qui furent une des plaies de la magistrature de l'ancien régime [1], sont l'objet aussi de réglementations nombreuses dont la violation expose les juges à des dommages-intérêts ou à une restitution, soit au simple, soit, plus souvent, à une restitution au quadruple offrant un caractère mixte de réparation pénale et civile.

Dans cet ordre d'idées, l'ordonnance d'Orléans (janv. 1560, art. 57) oblige les juges à vider sommairement et sans épices les causes qui ne requièrent pas plus ample connaissance ; de même, l'ordonnance de Moulins (1566, art. 4) fait défense à tous juges ayant fait une instruction criminelle de taxer eux-mêmes leurs salaires et aussi de ne rien prendre ni rien exiger des prisonniers et inculpés (même O., art. 36 ; O. 1446, art. 15). Les commissaires ne peuvent se laisser défrayer par les parties, sinon ils doivent restituer, au simple, d'après l'ordonnance de 1493 (art. 18), au quadruple, d'après une ordonnance de Louis XII, citée par Pussort [2]. Ils ne peuvent pas non plus

1. « A veu que quand il estoit question de rapporter un procès pour avoir un écu, chascung y estoit ; mais quand estoit question d'une affaire publique, personne n'y vouloit venir », disait déjà le chancelier de l'Hospital. *Œuvres compl.* (édit. Dufay de l'Yonne, Paris, 1824, 5 vol. in-8), t. I, p. 353.

2. *Proc.-verb. O. 1667*, p. 482.

se réserver des vacations hors les cas prévus par la loi, à peine de dommages-intérêts (O. Moulins, art. 68).

Ces diverses prescriptions qui s'appliquent, on le voit, soit aux cours souveraines, soit aux juges subalternes, soit à la fois à ces deux degrés de juridiction, concernent uniquement le fonctionnement intérieur de l'organisation judiciaire [1]. D'autres, spéciales à certains officiers de justice, s'appliquent à assurer l'exécution des lois de police générale du royaume.

C'est par exemple l'ordonnance de Blois (art. 184) qui oblige tous procureurs généraux, substituts et procureurs fiscaux des seigneurs à faire diligente poursuite des crimes, même en l'absence de dénonciation ou partie civile, à peine de tous dépens, dommages-intérêts des parties intéressées [2]. La même responsabilité pèse sur les prévôts [3], vice-baillis, vice-sénéchaux, qui tarderont « à monter à cheval » pour informer sur réquisition des justiciables « là par où les crimes auront esté commis » (O. Moulins (1566), art. 45) ; ou sur les examinateurs du Châtelet qui, ayant amené ou fait amener un prisonnier audit Châtelet, auront omis d'en faire mention le jour même sur le registre ou de rapporter, le lendemain, l'information qu'ils auront dû faire de l'affaire (O. mai 1425, art. 26) [4]. Les officiers du

1. On peut encore citer les art. 55, 56 du C. Michaut, d'après lesquels les officiers irrégulièrement pourvus répondent de la nullité de leurs jugements et de tous dépens, et l'art. 95 de l'O. de 1493 qui prescrit aux conseillers au Parlement de déposer, lorsqu'ils quittent Paris, toutes pièces et informations au greffe, à peine de dommages-intérêts.

2. En ce sens : arrêt du Parl. de Paris, du 8 févr. 1687, dans J. Brillon, *Dictionnaire des arrests*, mot « Prise à partie », t. V, p. 476.

3. Dès janv. 1560, l'O. d'Orléans (art. 67) contenait pour les prévôts une disposition analogue leur enjoignant d' « avoir l'œil à garder nos sujets et pauvres laboureurs d'oppression et violence.... à peine.... de répondre en leurs propres et privez noms de tous dépens, dommages et intérêts soufferts par nos sujets. »

4. L'art. 25 de la même O. de 1425 enjoint aux commissaires, sous les mêmes peines, « que désormais ils facent le rapport des arretz des biens par eulx seellez et des sergens mis en garnison ès hostels des malfaiteurs ou criminelulx et d'autres trépassés sans hoirs, lendemain après ce qu'il les auroient faicts. »

roi dans les sénéchaussées et bailliages doivent encore réprimer et dénoncer les usurpations commises à l'encontre du temporel des bénéfices ecclésiastiques [1], et, là où ils ont la police dans leurs attributions, « tenir la main à l'observance des édits et ordonnances sur le fait des hôpitaux [2] », à peine d'en répondre en leur propre nom.

Tel est, brièvement tracé, le tableau des différents cas de responsabilité pécuniaire portés contre les juges, par les ordonnances antérieures à 1667. A vrai dire, c'est bien plutôt une collection d'espèces particulières, motivées par des nécessités de fait et inspirées de considérations disciplinaires, que la mise en œuvre pratique d'une théorie générale sur la responsabilité civile des magistrats. Mais on ne saurait, pour cela, méconnaître que cet ensemble de dispositions n'ait contribué grandement à l'élaboration de la théorie générale dont l'ordonnance de 1667 et la discussion préparatoire de cette ordonnance marquèrent la consécration.

Tous ces divers textes, en effet, présupposent d'abord chez le juge qu'ils frappent une faute ou une négligence qui se manifeste, à défaut d'autres circonstances, par le simple fait que la loi a été transgressée [3]. D'aucuns même sont allés plus loin et ont prévu, en termes exprès, la nécessité du dol, de la faute ou de la négligence du juge (O. Blois, 1579, art. 184 ; O. Moulins, 1566, art. 73, précités, et O. Blois, art. 147, prévoyant la prise à partie pour déni de renvoi, s'il est accompagné de dol, fraude, concussion ou faute manifeste du juge). Quoi qu'il en soit, on peut définir ainsi le premier type de cas de responsabilité pécuniaire des juges : illégalité, supposant faute du juge et produisant dommage aux parties.

1. Édit d'Amboise, 1572, art. 7.
2. O. de Moulins, 1566, art. 73.
3. C'est l'avis du conseiller Pussort, en effet, que le simple fait de la contravention à l'ordonnance met le juge en état de faute manifeste (*Proc.-verb. O. 1667*, p. 486). Cf. *infra*, p. 87.

Quelques textes ensuite contiennent des dispositions générales emportant, en dehors de toute illégalité, une responsabilité civile de principe des magistrats, à raison d'actes ressortissant de leur ministère, régulièrement accomplis au point de vue de la compétence, mais devenus frustratoires du fait personnel du juge. Ainsi l'ordonnance de Villers-Coterets (1539) édictant la responsabilité en dommages-intérêts des juges pour toute faute notable en l'expédition des procès ; ainsi surtout l'édit de 1540 (art. 2) autorisant la prise à partie contre les juges pour leur dol, fraude, concussion ou erreur évidente de fait ou de droit dans la confection des jugements. Par là se révèle cette idée, qui concourut pour une si grande part à l'établissement de la responsabilité civile des magistrats, d'une action en dommages-intérêts recevable contre les juges pour leurs faits personnels dommageables, même si ces faits relèvent de l'exercice de leurs fonctions.

A ce point de vue, l'édit de 1540 est particulièrement intéressant. Il se présente en effet comme la première formule consacrant, après le faussement du moyen âge, le principe moderne de l'irresponsabilité des juges pour mal jugé [1]. Aussi bien, si le faussement a disparu avec la société féodale, il n'en est pas moins subsisté pendant longtemps comme une survivance dans l'obligation, pour les juges royaux comme pour les juges seigneuriaux, de soutenir en appel leur jugé et d'en répondre personnellement. Puis cette pratique à son tour tomba lentement [2] en dé-

1. Poullain-Duparc, *loc. cit.*, t. X, p. 905.

2. Une étape de transition fut, sans doute, la substitution de la personne de l'intimé à celle du juge pour le paiement de l'amende de mal jugé, au cas où le mal jugé était constaté en appel. C'est contre cette substitution que Loyseau (*Des offices*, Œuvres, liv. I, ch. XIV, § 88, 89, p. 93) proteste dans le passage suivant : « Aussi ay-je ouï dire à mes anciens qu'ils ont quelquefois veu condamner des intimez en l'amende, lorsque la sentence qu'ils soutenoient contenoit une manifeste injustice, et que la Cour prononçait mal et nullement jugé. Néanmoins, qui prendra garde à la raison reconnoistra aisément que c'est le juge qui doit estre condamné en l'amende pour avoir rendu une sen-

suétude et, vers la fin du XVI^e^ siècle, au dire de Louet et Brodeau [1], elle n'était plus observée qu'à l'égard du prévôt de Paris, de son lieutenant civil, de quelques officiers du Châtelet [2] et à l'égard des juges seigneuriaux [3]. Son abrogation devait logiquement conduire à l'irresponsabilité des juges à raison de leurs sentences. Ce fut là en vérité le principe qu'on adopta : le seul qui pût s'harmoniser avec la réorganisation de l'appel d'une part, et avec les conditions nouvelles d'exercice du pouvoir judiciaire, considéré comme un attribut délégué de la souveraineté royale d'autre part.

Le magistrat devient irresponsable de son mal jugé. L'acte du magistrat qui juge n'est qu'une mise en œuvre de la portion d'autorité qui lui fut départie par la société et, dans les limites de ce mandat, le magistrat souverain ne relève que de sa conscience.

Il est juste d'ajouter que, sous l'ancien régime, tout un ensemble de circonstances de fait : vénalité des offices entraînant l'hérédité avec les traditions qu'elle développe et l'inamovibilité ; et de dispositions de droit comme les très nombreux textes relatifs à la discipline de la magistrature ou aux garanties exigées d'elle [4], convergent d'ailleurs pour assurer aux particuliers une compétence et une impartialité aussi parfaites que possible de la part du magistrat.

Cependant cela ne suffit pas. Il importe de prémunir les particuliers contre des défaillances individuelles toujours possibles. Le bon ordre social, aussi impérieusement que

tence nulle ou apparemment injuste, et non pas la partie qui l'avait soutenue.... »

1. Louet et Brodeau, *Recueil notables arrests*, t. I, I, XIV, p. 901.

2. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, mot « Prise à partie », II.

3. Loysel, *Institutes coutumières* (édit. Dupin-Laboulaye, Paris, 1846), 881, § V, p. 236 : « Les juges non royaux sont tenus de soutenir leur jugement au péril de l'amende sur eux ou sur leur seigneur. »

4. Voir dans M. Fournier, *loc. cit.*, p. 242, l'énumération de ces textes.

la justice, l'exige; car rien ne serait plus démoralisant pour les individus, et plus funeste au renom du pouvoir judiciaire, que de couvrir d'une irresponsabilité absolue les décisions des juges [1]. Ce fut cette pensée sans doute, plus encore que la préoccupation de sauvegarder des droits individuels, qui présida à la confection de l'édit de 1540, qui concorde à peu près, on le remarque, avec l'époque citée par Louet et Brodeau comme marquant la fin de la responsabilité de mal jugé.

Les juges, dès lors, irresponsables en principe, ne répondent plus de leurs décisions qu'au cas où ils ont manifestement usé de leur autorité non pour le service de la justice, mais pour leur propre avantage ou celui d'une partie en cause, c'est-à-dire dans les cas de dol, fraude, concussion [2]. Et cela se justifie rationnellement, puisque, dans ces hypothèses, le juge s'est départi de l'impartialité qui le rendait supérieur aux parties en litige, pour faire sienne la cause de l'un des plaideurs; il est tout naturel, par conséquent, que l'autre plaideur soit autorisé à ne le plus considérer comme un juge, mais comme un adversaire.

La prise à partie pour jugement dolosif, différenciée de l'appel, aura donc dorénavant sa vie propre et ira se combiner avec les prescriptions prohibitives des ordonnances

1. « Car certainement il n'y a pas de plus grande injustice que celle qui vient de la part d'où vient la justice », disait déjà Loyseau (Œuvres, liv. I, *Des offices*, ch. IV, § 3, p 28).

2. Le même principe se trouve consacré dans les coutumes de Flandre, notamment dans celle de *Nieuport* (1616), rubrique IX, art. 1, § 3. « Le bailly succombant en l'instance en quelque cause que ce soit, fut il mesme que quelqu'un estant pris pour crime fut relasché sans punition ou sentence à sa charge, il ne paye aucun dépens; si ce n'est qu'il apparoisse d'une calomnie notoire, cavillation (mauvaise chicane) et malice de l'officier, ou bien qu'il eut induement exploité, contre la disposition de l'ordonnance de cette ville. »

L'édit de 1540 mentionne, il est vrai, en outre, « l'erreur évidente en fait ou en droit ». Mais les commentateurs remarquent que ce fut en vain et « que cela n'est point observé », sinon au cas où « la faute et la contravention ne soit si notable, si considérable, si manifeste contre le sens commun et si affectée que l'on ne puisse pas présumer qu'elle soit exempte de dol et de fraude. » Louet et Brodeau, *loc. cit.*, t. I, I, XIV, p. 909 et 905. Voir aussi *infra*, p. 93.

pour former la théorie générale de la responsabilité civile des magistrats [1].

§ 2. — *L'ordonnance de 1667*

Ce fut l'ordonnance de 1667 qui marqua définitivement sa consécration. Le premier projet, émané d'une réunion d'avocats et de conseillers d'État présidée par Pussort, fut soumis à une seconde commission mixte composée de conseillers au Parlement, de conseillers d'État et de maîtres des requêtes. La grave question de la responsabilité des magistrats fut alors agitée parce que connexe aux points de procédure dont on se proposait la codification ; la discussion nous a été transmise dans le *Procès-verbal des conférences*.

Le premier président de Lamoignon, qui dirigea une vigoureuse opposition contre l'admission du principe de la responsabilité civile des magistrats, souleva deux séries d'objections : des objections d'ordre général contre le principe lui-même ; puis des objections particulières à la responsabilité des membres du Parlement et des cours souveraines.

Sur le principe, le premier président affirma que son adoption, loin de présenter l'utilité qu'on lui attribuait,

1. Ce processus n'est point particulier au droit français considéré dans son ensemble. La coutume de Cassel en Flandre (1613) nous présente, pour la même époque, une distinction à peu près analogue : « De l'ordre de procéder », ch. CXXXVI. « On pourra appeler de toutes les sentences concernant les affaires civiles sur-le-champ ou aussi tost, etc.... Et si quelqu'un se croyait grevé et ne voulait pas appeler aussitôt, il pourrait dans l'an et jour d'après la sentence poursuivre pour la faire réformer par-devant les gens de notre susdit conseil, en la manière accoustumée. Et les juges, les arbitres ou les loix qui auroient fait griefs à quelqu'un, ils en seraient en l'amende de LX livres, sans remise ; et par dessus cela, s'il apparaissait qu'ils eussent condamné ou absous quelqu'un par corruption, par dol, par fraude ou par autres mauvaises voyes, ils seraient déclarés parjures, et seraient privés à perpétuité d'être de la loye.... » *Grand coutumier*, de Bourdot de Richebourg, t. II, p. 708. Ainsi c'est bien une responsabilité pour fait personnel du juge, étrangère à toute considération de responsabilité pour mal jugé, qui se trouve consacrée. Seulement la sanction, au lieu d'être civile, est ici exclusivement pénale et consiste en une amende.

pourrait être désastreuse par ses conséquences. Il est inutile parce qu' « en effet, l'honneur et la conscience sont les principales parties d'un juge ; que ce sont les plus forts liens pour le retenir dans son devoir ; et que les principes d'honneur et de conscience ont plus de part dans toutes leurs actions que la crainte du châtiment ». La répression pénale, qu'on a toute latitude d'aggraver encore s'il est besoin, suffit largement à prévenir ou à punir les écarts individuels qui peuvent se produire. Ce principe serait, en second lieu, funeste par le discrédit qu'il ne manquerait pas de jeter sur les magistrats et, par contre-coup, sur l'ensemble du pouvoir judiciaire. Les juges, en effet, livrés sans merci à la rancune de tous les plaideurs, perdraient de ce fait tout leur prestige, et la loi, loin de les soutenir dans cette éventualité, achèverait de les avilir en « présumant du mal de ses propres ministres » et en prononçant « aussi souvent des peines contre ceux qui la font observer que contre ceux qui ne l'observent pas ». Il y aurait là enfin une injustice criante, puisque dans l'impossibilité où l'on est de discerner, par suite du secret des délibérations, les contrevenants des autres, dans le tribunal qui a rendu la sentence, la loi devrait livrer également les innocents et les coupables « à la vengeance des plaideurs qui auraient perdu leurs procès [1] ».

Contre l'application de semblable règle aux membres du Parlement et des cours souveraines, de Lamoignon, appuyé par le président de Nouvion et l'avocat du roi Talon, invoqua des raisons de convenance, les bonnes dispositions de ces hautes juridictions, l'immunité dont elles ont joui jusqu'alors en fait sinon en droit, leur honorabilité enfin qui suffira bien à leur inspirer les réformes nécessaires à leur discipline intérieure [2].

1. *Proc.-verb. de l'Ord. de 1667*, p. 39 et 40. Le dernier argument fut aussi invoqué par le président de Coigneux.
2. *Proc.-verb.*, p. 47.

Le conseiller Pussort, dont Saint-Simon a dit que c'était « un grand homme sec, d'un abord rude et désagréable, avec une mine de chat fâché [1] », et auquel l'avocat général Savoie de Rollin prêtait « le dessein de faire revivre, dans l'ordonnance de 1667, le régime des lois barbares [2] », défendit le projet dont il avait été l'âme. Il fit reposer toute son argumentation sur un exposé détaillé de toutes les peines ordonnées par les actes législatifs des rois aux siècles précédents. L'expérience prouvait que cette réglementation n'avait pas eu les suites funestes que le premier président se plaisait à lui prêter ; qu'au contraire, elles avaient constitué le meilleur des stimulants à l'exacte observation des lois par les juges, tandis que « la vérité était que les ordonnances les plus mal exécutées étaient celles dont on avait chargé leur honneur et leur conscience [3] ». On pouvait donc, en toute sûreté, persévérer dans la voie qu'avaient ouverte les anciennes ordonnances. Quant à la solidarité de tous les membres du tribunal dans la même poursuite, Pussort la revendique comme un argument en faveur de son système, car il est bon « d'engager tous les officiers à résister à ceux qui voudraient commettre des contraventions [4] ».

A vrai dire, on aurait une idée inexacte de la portée de cette discussion si l'on s'en tenait aux termes mêmes des arguments présentés pour ou contre la responsabilité des juges, sans remonter aux préoccupations d'ordre politique qui les inspiraient et qui nous permettent de considérer cette controverse comme un épisode de la lutte entreprise, par la monarchie absolue, contre les compagnies judiciaires et spécialement contre le Parlement. Ce que cherche avant tout Pussort, conseiller d'État et mandataire du roi,

1. Saint-Simon (édit. Cheruel), t. I, p. 395.
2. Merlin, *Rép.*, « Prise à partie », III.
3. *Proc.-verb.*, p. 237; p. 498.
4. *Ibid.*, p. 48.

c'est à asseoir solidement l'autorité du souverain au sein du corps judiciaire, c'est à obliger le corps judiciaire à accepter, bon gré mal gré, la discipline, l'unité de procédure, les règles de compétence que le roi se croit en devoir de lui donner. Pour atteindre ce but, la responsabilité civile des magistrats, moins brutale et plus souple que la répression pénale, plus efficace peut-être qu'une répression disciplinaire, lui apparaît le moyen qui s'impose. En l'adoptant, d'ailleurs, Pussort ne faisait que continuer la tradition des rois de France.

A l'opposé, le premier président de Lamoignon, représentant des tendances libérales, combat la responsabilité des juges. Sans doute s'exagère-t-il volontiers les dangers de la prise à partie, car il n'ignore pas que cette procédure ne tarde jamais à rencontrer, chez les juridictions visées, une résistance suffisante pour en écarter tout danger d'abus ou de scandale ; il l'ignore, en vérité, d'autant moins que lui-même tient les anciennes ordonnances, rapportées par Pussort, pour abrogées par non-usage. Mais ce qu'il s'efforce de prévenir, c'est la mainmise de la royauté sur la magistrature, et son argumentation devient particulièrement vigoureuse, sans doute parce qu'alors la menace est plus sensible, lorsqu'il s'agit de sauvegarder les prérogatives [1] et l'autonomie du Parlement [2]. De toute la force de son éloquence, il s'élève contre « les termes factieux et les peines extraordinaires » de l'ordonnance, et proteste inlassablement contre « ces coups d'autorité », ces « mouvements de colère » qui se sont manifestés d'analogue façon dans le passé chaque fois que les rois « ont rencontré de la contradiction à leurs volontés [3] »,

1. Par exemple, la discussion relative aux dénis de renvoi du parlement (t. VI, art. 1; p. 40 et suiv.); aux expertises inutiles (t. XXI, art. 1, p. 237); à la nullité des jugements contre les ordonnances (t. I, art. 8, p. 477). *Proc.-verb.*

2. *Proc.-verb.*, p. 477.

3. *Ibid.*, p. 490.

mais sur lesquels ceux-ci n'ont jamais manqué de revenir, d'ailleurs, dès que l'apaisement était rentré dans leur âme [1].

Une telle argumentation ne prévalut pas, et cette même responsabilité civile des magistrats, dont on réclame l'extension aujourd'hui, au nom des droits de l'individu, fut consacrée alors au nom des prérogatives du pouvoir absolu.

Le projet de l'ordonnance de 1667, tel qu'il était émané de la première commission, contenait dix-huit cas de prise à partie et cinq cas où des peines diverses : amendes, suspension, privation de gages, étaient édictées contre les juges.

L'opposition du premier président ne réussit, dans le texte définitif, à supprimer la sanction des dommages-intérêts que pour quatre cas seulement, dont trois sont relatifs aux juges-commissaires et portent interdiction pour eux : de recevoir aucun présent ni indemnité des parties (art. 15, t. XXI) ; de rien prendre au delà de la somme fixée par la loi (t. XXVIII, art. 18) ; d'étendre enfin l'énoncé de leur procès-verbal au delà des points indiqués par l'ordonnance (t. XXII, 22). Le quatrième cas, supprimé, est relatif à l'obligation pour les juges de signer chaque jour les pièces et écritures rédigées par le greffier (t. XXVI, 5) ; les dommages-intérêts, prévus d'abord en cette hypothèse, furent remplacés par une amende de 300 livres payables aux pauvres des lieux.

1. Il y eut des adversaires de la prise à partie au XVIII[e] siècle. Mais on ne trouve aucun argument intéressant chez eux. Ils se contentent de nous apitoyer, en un langage emphatique, sur le malheureux sort des magistrats contraints « de songer à une justification quand leur conscience est irréprochable ; de s'arracher à leur famille et à leurs fonctions, pour venir démasquer aux yeux de leurs supérieurs des délations vindicatives.... », et ils redoutent qu'en ajoutant ainsi cette menace nouvelle « aux épines attachées à l'étude des lois, au danger de les interpréter, aux ennuis des fonctions pénibles où les travaux du jour sont inévitablement ceux du lendemain...., le temple de la justice ne soit bientôt déserté par tous ses ministres. » Plaidoyers de MM. Robin de Mazas et Savoie de Rollin, dans Merlin, *Rép.*, « Prise à partie », III.

Parmi les quinze autres cas de prise à partie, ayant passé dans le texte, certains sont empruntés à d'anciennes dispositions des ordonnances. Par exemple : l'article 5, t. VI, qui ne fait que reproduire l'article 154 de l'ordonnance de Blois sur l'obligation, pour tous les juges, de trancher sommairement les fins de non-recevoir ou non-procéder proposées devant eux ; aussi l'article 1er, t. VI, sur l'obligation, pour les juges, de renvoyer devant les juridictions compétentes les causes dont ils ne peuvent légalement connaître, article qui est manifestement inspiré de l'article 147 de l'ordonnance de Blois ; ou encore l'article 6, t. XXX, sur l'interdiction faite aux cours souveraines de mettre aucun obstacle à l'exécution des jugements des tribunaux supérieurs, analogue, lui aussi, à l'article 2 de l'édit de Fontainebleau (août 1560).

L'ordonnance de 1667 prévoit, d'autre part, un certain nombre de situations nouvelles.

C'est d'abord le déni de justice. Chose remarquable, depuis la défaute de droit du moyen âge, nous n'avons pas trouvé trace, dans les anciennes ordonnances, d'une procédure ou d'une peine (exception faite pourtant de l'article 58, O. Blois, qui porte amende arbitraire) visant cet incident dont l'éventualité n'a cependant rien d'improbable. Il semble même, à s'en tenir aux prescriptions multiples qui réglementent le déni de renvoi, que l'excès contraire était le plus fréquent et que les magistrats d'alors étaient beaucoup plus inclinés à tout juger, même au delà des limites de leur compétence, qu'à négliger les devoirs de leur charge. S'il nous fallait rechercher l'explication de ce zèle singulier, peut-être trouverions-nous une indication intéressante dans la pratique des épices, jointe au désir pour chaque juridiction, à cette époque d'élaboration, de supplanter en force et en activité ses rivales [1].

1. Cela semble être d'ailleurs l'opinion de Poullain-Duparc quand il affirme qu'« on ne peut attribuer qu'à l'avarice ou à la prévention l'affectation de re-

Quoi qu'il en soit, les rédacteurs de l'ordonnance de 1667, soucieux de remédier aux inconvénients d'un tel système et convaincus avec Loyseau « que l'une des grandes charitez c'est d'empêcher les procèz ou du moins de les vuider promptement [1] », posèrent le principe de l'obligation pour les juges « de procéder incessamment au jugement des causes, instances et procès qui seront en état de juger, à peine d'en répondre en leur nom des dépens, dommages et intérêts des parties [2]. » Article 1er du titre XXV.

Mais l'article 2 du même titre intervient immédiatement pour restreindre la portée de la sanction aux juges « dont il y a appel », dans la personne du rapporteur, ou, s'il n'y en a pas, du président ; ce qui excluait d'emblée de la prévision du déni de justice les cours souveraines et les juges de dernier ressort [3]. Par contre, sous réserve de cette exclusion, la généralité des termes embrassait aussi bien les tribunaux ecclésiastiques, les officialités, que les tribunaux laïques [4].

Deux sommations respectueuses [5], de huitaine en hui-

tenir la connaissance d'une affaire pour laquelle il y avait un moyen d'incompétence.... » *Loc. cit.*, t. X, p. 912.

1. Loyseau, *Des off.*, liv. I, ch. IV, § 3, p. 28.

2. La sanction du déni de justice, ainsi consacrée par l'O. de 1667, n'était pas pratiquée universellement à cette époque. Bien que l'obligation de juger soit la même dans l'ancien droit allemand, nous rencontrons, en effet, des cas où, comme à Rome, « il était permis aux juges de ne pas répondre immédiatement, de demander un délai pour se consulter, de refuser le jugement, en jurant sur leur foi qu'ils ne pouvaient le trouver, enfin d'envoyer chercher un autre tribunal pour décider ensemble. » Schulte, *Histoire du droit de l'Allemagne*, p. 418, 419.

3. Serpillon, *Code civil ou commentaire de l'O. de 1667*, p. 479. Dans cette dernière hypothèse, la seule ressource dont dispose la partie, c'est de porter plainte à M. le chancelier (Serpillon, *ibid.*, p. 481 ; Jousse, *Commentaire sur l'O. de 1667*, t. II, p. 417), « et si, après qu'il a donné des ordres ils (les juges) ne sont plus empressés qu'auparavant à rendre la justice qu'on leur demande, on peut pas se pourvoir au conseil » (Guyot, *Répertoire*, mot « Déni de justice », t. IV, p. 406). Par exception toutefois à ces règles, le Parlement, malgré l'art. 2, se prétendait compétent pour connaître des dénis de justice des présidiaux, même lorsqu'ils jugeaient en dernier ressort (Poullain-Duparc, *loc. cit.*, t. X, p. 919).

4. *Proc.-verb. O. 1667*, p. 360, et texte du projet, t. XXVI, art. 1.

5. « En leur domicile ou au greffe de leur juridiction. » T. XXV, art. 3. Dans

taine, « pour les juges ressortissant nuement en nos cours souveraines » et de trois jours en trois jours pour les autres sièges (sommations pour lesquelles huissiers ni sergents ne peuvent se récuser à peine d'interdiction) établissent l'existence du déni (t. XXV, art. 2 et 4) et dispensent l'appelant de présenter aucune requête préalable comme c'est exigé pour la prise à partie [1].

Parallèlement à cette voie, les plaideurs pouvaient appeler « comme de déni de justice » devant le juge supérieur à celui qui avait refusé de statuer et, dès que l'appel était signifié à la partie adverse, cette dernière ne pouvait plus de son côté poursuivre devant le juge dont est appel. Cette procédure, « plus humaine et plus douce », n'emportait aucune intimation ni condamnation en dommages-intérêts du juge [2].

Plusieurs articles, en second lieu, apportaient des modifications diverses à la procédure intérieure des tribunaux. C'était l'article 15 du titre XI qui, malgré les observations de Lamoignon, consacrait l'obligation pour le rapporteur de remettre au greffe, dans les trois jours, le *dictum* de la sentence et le procès entier sans pouvoir en donner connaissance aux parties ni à leurs pouvoirs, à peine de tous dépens, dommages-intérêts ; l'article 8, titre XXVI, qui prescrivait que les jugements et arrêts devaient être datés de la main du rapporteur, en bas du dispositif, le jour même où ils avaient été rendus. L'article 1er, t. XXI, prohibait à tous les juges, même des cours souveraines, de faire aucune descente sur les lieux « où il n'échoit qu'un simple rapport d'experts, s'ils n'en sont pas requis par l'une ou l'autre des parties, à peine de nullité, de restitution [3] de ce qu'ils auront

les cas pressés, une sommation suffit (Guyot, *Rép.*, mot « Prise à partie », t. V, p. 407).

1. Serpillon, *Code civil*, p. 481.

2. Jousse, *Comment. O. 1667*, t. II, p. 416. Guyot, *Rép.*, mot « Prise à partie », t. V, p. 407.

3. Il ne faut pas confondre cette action à fin de rapport de vacations ou

reçu pour leurs vacations et de tous dépens, dommages-intérêts. » La procédure des appels en garantie (art. 8, t. IX) et l'abrogation des propositions d'erreur (art. 42, t. XXXV) emportaient enfin la même sanction de la responsabilité civile.

Une disposition plus intéressante était l'article 8 du titre Ier qui rendait d'une façon générale les magistrats responsables pécuniairement, envers les parties, de la nullité « de tous arrêts et jugemens qui seront donnés contre la disposition de nos ordonnances, édicts et déclarations. » On a discuté dans la suite sur la portée exacte de cet article. Certains juristes s'efforcèrent de démontrer que les mots « *nos* ordonnances » en restreignaient l'application aux seules ordonnances de Louis XIV, estimant qu' « il serait même contre la raison de supposer qu'un juge peut être puni, pour avoir ignoré cette multitude immense d'anciennes loix, dont plusieurs sont tombées dans l'oubli. » Bien plus, même dans ces limites, la contravention aux ordonnances de Louis XIV n'aurait emporté prise à partie, toujours d'après la même opinion, qu'autant que l'ordonnance violée avait prévu expressément ce moyen. Autrement on serait retombé dans le droit commun, d'après lequel la contravention à la loi ne pouvait être qu'une expression de dol, fraude ou concussion du juge [1]. En fait d'ailleurs, la prescription de l'article 8 du titre Ier demeura, paraît-il, toujours inobservée [2].

Pour terminer, il reste à citer la peine de restitution du quadruple, édictée par l'article 10, titre XVII, pour tout président qui aurait perçu des épices ou autres vacations en matière sommaire.

d'épices avec la prise à partie. C'est une action personnelle absolument distincte d'elle (arrêt du Parlement, 13 juin 1671), quant au fond et quant à la procédure. Le Parlement pouvait même, d'office et sans conclusion des parties, ordonner ce rapport en prononçant sur l'appel des sentences. Cf. Poullain-Duparc, *loc. cit.*, t. X, p. 928.

1. Poullain-Duparc, *loc. cit.*, t. X, p. 908, 909.

2. Dalloz, *Rép.*, mot « Prise à partie », n° 11.

Nous avons montré précédemment que certaines dispositions, relatives à la solution des conflits de juridictions, avaient été inspirées des anciennes ordonnances. Il faut dire toutefois que l'ordonnance de 1667 n'allait pas sans apporter, sur tous ces points, des précisions et des rigueurs nouvelles.

C'est ainsi que « l'incompétence de la juridiction du juge est un moyen de prise à partie, suivant l'article 1er, titre VI, de l'ordonnance de 1667, dont la disposition est générale et absolue, au lieu que l'article 147 de l'ordonnance de Blois n'admet la prise à partie que lorsqu'il y a, de la part du juge, dol, fraude, concussion ou faute manifeste [1]. » Malgré la généralité de ces termes, encore faut-il qu'il s'agisse pourtant d'une incompétence notoire, visible et faiblement reconnaissable, comme le serait celle « d'un juge de grenier à sel qui s'aviserait de prendre une pleine connaissance des matières des eaux et forêts [2]. » Sinon, il existe une voie de recours, analogue à l'appel comme de déni de justice, et qui est l'appel comme de juge incompétent [3].

A cette règle, il y a une exception. Elle est en faveur des juges royaux, contre les juges seigneuriaux bien entendu. Dans le cas où ils sont juges d'appel, en effet, les baillis et sénéchaux peuvent « connaître en première instance des causes entre les justiciables des seigneurs tant que la cause n'est pas revendiquéepar le seigneur, quand même les justiciables demanderaient leur renvoi devant leur siège. » La raison en est que, les autres juridictions ayant été démembrées des royales, « lorsque les parties dont ils étaient les juges naturels reviennent aux juges royaux, ces juges ne font que rentrer dans leurs anciens droits de juridiction et retourner au droit commun [4]. »

1. Poullain-Duparc, *loc. cit.*, t. X, p. 912.

2. Serpillon, *Code civ.*, p. 55, et dans le *Code crim.*, t. I, p. 32. Le même auteur cite, dans ce sens, arrêt du Parl. de Paris, du 4 juin 1699, et du Parl. de Dijon, du 26 juillet 1702.

3. Serpillon, *Code civ.*, p. 478.

4. Serpillon, *Code civ.*, p. 55. Une situation qui se rapproche du déni de

§ 3. — *L'ordonnance de 1670*

Pour achever l'exposition du cadre légal de la responsabilité civile des juges sous l'ancien régime, il importe d'étudier brièvement l'ordonnance criminelle de 1670.

Élaborée d'après les mêmes procédés que celle de 1667, elle souleva, sur le point de la responsabilité civile des juges, la même discussion entre le conseiller Pussort et le premier président de Lamoignon. Mais les protestations de ce dernier, pour si fréquentes et si opiniâtres qu'elles furent, ne réussirent pas à convaincre la commission, et des trente et un cas de dommages-intérêts (ou de restitution du quadruple) prévus contre les juges dans le projet, trois seulement furent éliminés [1].

La plupart des articles qui passèrent usaient de la prise à partie comme d'une sanction à l'inobservation des règles nouvelles de procédure contenues dans le corps même de l'ordonnance. Ce n'était là que l'application, à chaque cas particulier, d'un principe inscrit à l'article 24, titre XV, de la même ordonnance, à savoir que le juge rapporte tous les frais de ses nullités de procédure et en répond en son propre nom envers les parties lésées, c'est-à-dire, suivant les cas, envers le prévenu ou la partie civile [2].

renvoi est l'évocation par les tribunaux de dernier ressort des causes pendantes « ès justices inférieures », sous prétexte d'appel ou connexité. L'art. 2 du même tit. VI l'interdit sous les mêmes peines, « si ce n'est pour tirer les parties définitivement d'affaire en l'audience et sur-le-champ par un seul et même jugement. »

1. Ce sont les art. 1, t. X; 4, t. XII; 21, t. XXVII. Cette ord. édictait en outre vingt-deux fois l'interdiction et vingt fois des amendes contre les magistrats.

2. Ce principe n'allait pas sans tempérament dans la pratique judiciaire. C'est ainsi qu'un arrêt de Dijon, du 6 août 1696, déboute une prise à partie pour nullité, et condamne le plaignant à des dommages-intérêts envers le juge, car « il y avait de la vexation de l'intimer en son nom dans un cas où l'on ne pouvait lui reprocher que de l'imprudence. » Dans Serpillon, *Code crim.*, t. I, p. 34. Serpillon, dans ce même ouvrage, ne laisse pas de protester

Des règles posées dans l'ordonnance de 1670, les unes étaient communes avec celles posées pour la procédure civile : déni de renvoi des juges incompétents (art. 4, t. I) (art. 1er, t. II, spécial aux prévôts) ; les autres, spéciales à la procédure criminelle, contenaient, avec des prescriptions d'ordre général, des prescriptions particulières de garantie pour les accusés.

Les prescriptions d'ordre général étaient : l'obligation pour les prévôts de mettre à exécution les décrets et mandements de justice [1] (art. 3, t. II) ; pour les lieutenants criminels et les juges d'observer la forme légale des élargissements (art. 34, t. XII) ; pour les juges de signer tout jugement de premier ou dernier ressort (art. 14, t. XXV) ; l'interdiction pour les juges d'accorder des provisions à l'une ou l'autre partie (art. 2, t. XII) ; pour les officiaux, curés et vicaires [2], de percevoir au delà des droits de monitoires fixés par la loi (art. 7, t. VII [3]).

Les garanties accordées à l'accusé dans l'instruction criminelle, à peine de dommages-intérêts des juges, étaient : l'obligation pour les prévôts de laisser aux prisonniers, par eux arrêtés, copie du procès-verbal de capture et d'écrou (art. 7, t. II) ; de dresser lors de l'arrestation inventaire de leurs argent, hardes et papiers (art. 9, t. II) ; de conduire directement les prisonniers arrêtés en prison (art. 16, t. X) ; l'obligation, pour les juges, de procéder, dans les vingt-quatre heures de l'emprisonnement, à l'interrogatoire des

contre les sévérités de l'art. 24, t. XV, et de s'efforcer d'en réduire la portée (t. I, p. 743).

1. Ce qui demeura inobservé en fait. Serpillon, *Code crim.*, t. I, p. 278.

2. « Les officiers de justice qui font des procédures immenses n'étant pas payés, il serait indécent, pour ne pas dire plus, que les ecclésiastiques, qui sont sujets du roy comme les officiers de justice, refusassent leur ministère pour des opérations qui les occupent très peu et qui tendent à la sûreté publique, qui ne les intéresse pas moins que les laïcs. » Serpillon, *Code crim*, t. I, p. 516.

3. Les autres règles de procédure sanctionnées de la prise à partie étaient : art. 13, 18, 19, 20, 21, t. II ; art. 5, 9, 11, 12, 16, t. VI, relatifs aux dépositions de témoins.

prisonniers (art. 1er, t. XIV), lequel interrogatoire sera lu à l'accusé après chaque séance, coté et paraphé et signé par le juge etl'accusé (art. 2, t. XIV). Il est interdit enfin, à tous les officiers des maréchaussées, de retenir aucun meuble ou aucune arme appartenant aux accusés ou de s'en rendre adjudicataire directement ou indirectement.

Tel est, dans l'ordre historique, le tableau des dispositions légales qui, sous l'ancien régime, engageaient la responsabilité civile des magistrats envers les particuliers. Nous nous proposons de dégager maintenant, en coordonnant les différents textes et en les éclairant des commentaires de la doctrine et de la jurisprudence, une théorie générale de la matière.

SECTION II

Théorie générale de la prise à partie sous l'ancien régime

§ 1er. — *Les cas de prise à partie*

Le mot *prise à partie* (la prise du juge pour partie, pour adversaire) désigne l'action en dommages-intérêts dévolue, par la loi, aux parties contre le juge, à raison du tort qu'il leur aura causé en sa qualité de juge.

Elle présuppose soit un dol, soit une faute grave de la part du juge et, pour être recevable, elle doit invoquer un dol ou une faute se rapportant à l'une des trois circonstances suivantes de la vie professionnelle du juge :

Le juge refuse de rendre la justice ;

Le juge rend la justice en violation des dispositions de la loi ;

Le juge rend une sentence entachée de dol, fraude, concussion.

Telles sont les trois hypothèses générales ouvrant la prise à partie et auxquelles se rattachent les très nombreuses dispositions disséminées dans les ordonnances.

De ces trois hypothèses, la première, le déni de justice, a été étudiée à sa place, lors de l'exposé que nous avons fait de l'ordonnance de 1667 [1] ; la seconde embrasse, outre la disposition générale de l'article 8, titre Ier, de l'ordonnance de 1667 [2], les textes que nous avons rencontrés concernant les réformes de la procédure ou l'organisation intérieure des tribunaux et qui, pour la plupart, ne présentent plus qu'un intérêt purement rétrospectif et se dispensent aisément de tout commentaire.

Quant à la troisième hypothèse, que certains auteurs anciens confondent avec la prise à partie elle-même [3], il nous reste, après les considérations historiques que nous a suggérées sa prévision dans l'édit de 1540, et que nous avons exposées plus haut [4], à préciser la portée que lui attribuèrent, dans le silence de l'ordonnance de 1667, la doctrine et la jurisprudence.

L'article 2 dudit édit de 1540 est ainsi conçu : « Ne pourront les juges être prins à partie sinon que l'on maintienne par relief qu'il n'y ait dol, fraude ou concussion, ou erreur évident en fait ou en droit et qu'en soit fait expresse mention, par ledit relief en cas d'appel, et telle et si claire signification qu'il puisse estre entendu par le garde du scel et non autrement. »

Ce texte n'était applicable qu'aux juges royaux (les juges seigneuriaux continuant de répondre de leurs jugements aux termes du droit commun) [5] ; il ne visait, on le voit, parmi les juges royaux que ceux « dont est appel ». Cela résulte de l'obligation où le poursuivant se trouve de maintenir « par relief » [6] le fait personnel du juge. La prise à

1. Voir *supra*, p. 84.
2. Voir *supra*, p. 87.
3. Poullain-Duparc, *loc. cit.*, t. X, p. 904; Guyot, *Rép.*, mot « Prise à partie », t. XIII, p. 654.
4. Voir *supra*, p. 76 et suiv.
5. Id., p. 77.
6. Loysel, *Institutes coutumières*, nº 880, liv. VI, tit. IV, § IV, p. 236 :

partie, à son origine, se ressent, en cela, de son ancienne confusion avec l'appel même.

Une seconde restriction provient des termes mêmes de l'article 2. La prise à partie n'est, en effet, recevable qu'autant que basée sur le dol, la fraude, la concussion ou l'erreur évidente de fait ou de droit du juge, car tout fait personnel du juge et dommageable ne suffit pas à ouvrir le droit à réparation. Le désir de la loi n'est pas, comme dit Merlin, « de détourner le magistrat de ses fonctions pour aller à chaque instant soutenir ses décisions », mais seulement « s'il venait à se comporter d'une manière indigne de son caractère », de l'obliger à indemniser les parties du tort qu'il leur cause. Et pour éviter toute discussion, l'ordonnance, recherchant les circonstances caractéristiques de la faute du juge, s'arrêta à quatre hypothèses; la pratique, plus indulgente aux magistrats, n'en sanctionna que trois.

Dès le début, en effet, la prise à partie pour erreur évidente de fait ou de droit demeura inobservée [1]. Sans doute l'édit de 1540 avait-il soin de préciser que l'erreur devait être « évidente », c'est-à-dire impliquer de la part du magistrat une inadvertance inexcusable ; néanmoins, admettre cette disposition eût été ouvrir indirectement une nouvelle porte à la responsabilité de mal jugé en un temps où il était devenu de maxime « que les juges ne sont pas garants régulièrement de leurs jugemens » [2], et c'est à ce recul que s'opposa la pratique judiciaire [3].

« Les juges royaux, dont est appel, ne peuvent être pris à partie, s'il n'y a dol, fraude, concussion. »

1. Des dispositions antérieures, l'art. 590 de l'O. de 1498 et l'O. d'Yz-sur-Tille, d'oct. 1535, contenaient déjà pourtant des peines d'amende contre les juges qui avaient erré manifestement en fait ou en droit.

2. Loyseau, *Des offices*, t. I, ch. XIV, n° 31, p. 89.

3. Rien, d'ailleurs, ne justifiait, à cette époque où la responsabilité civile, entendue au sens large des législations modernes, était inconnue, semblable mesure. En effet, de deux choses l'une : ou l'erreur du juge est entachée de dol ou assimilable au dol, et alors il y a lieu à prise à partie; ou elle en est

Loysel, après avoir affirmé que les juges « ne peuvent être pris à partie en leurs noms s'il n'y a dol, fraude ou concussion » (n° 867 *bis*, p. 229), ajoute dans un paragraphe suivant (n° 882, § VI, p. 237) que pour « ceux qui ont failli en fait et en droit », c'est une simple « amende à la discrétion de la cour » qui échet. L'inobservation de l'édit de 1540 sur ce point est aussi confirmée par Louet et Brodeau [1], Jousse [2], Poullain-Duparc [3], Serpillon [4] et par Merlin [5] qui considère que serait trop « périlleuse et cruelle la fonction d'un juge qui aurait à répondre des erreurs de son esprit » [6].

Restait donc la possibilité de prendre les juges à partie pour dol, fraude, concussion, et cela constituait encore une réelle sauvegarde pour les particuliers, car, comme le remarque Brillon [7], « à un arbre il y a bien des branches, et le dol, la fraude, la concussion entraînent avec soi une infinité de circonstances qui peuvent aisément devenir des moyens de prise à partie. »

En fait, la jurisprudence et la doctrine se montrèrent parfois très larges dans l'interprétation de ces circonstances.

dépouillée, et dans ce cas, c'est le rôle et toute la raison d'être de l'appel d'en réparer le grief, comme dit Poullain-Duparc, « aux frais de celui qui profite du jugement » (*loc. cit.*, p. 906, t. X).

1. Louet et Brodeau, *Notables arrests*, t. I, I, XIV, p. 905.
2. Jousse, *Précis de l'O. 1667*, t. II, p. 422 et suiv.
3. Poullain-Duparc, *loc. cit.*, t. X, p. 906.
4. Serpillon, *Code civ.*, p. 479 et suiv.
5. Merlin, *Rép.*, « Prise à partie », III.
6. Dans ce sens, un arrêt du Parl. de Grenoble (9 février 1706) déboute une demande en garantie de jugement pour erreur, dirigée contre le lieutenant particulier au bailliage de Gap (Guy Basset, *Plaidoyers* (Grenoble, in-fol., 1668), liv. II, tit. VI, ch. VII, p. 112). Par contre, le conseil d'État, après un premier rejet du conseil du roi, admit, par arrêt du 15 octobre 1708, la prise à partie exercée contre les officiers de la cour des Monnaies, qui avaient injustement condamné à mort un homme accusé du vol de la lampe de la cathédrale de Chartres. Les magistrats de la cour des Monnaies, leurs veuves et héritiers furent condamnés à payer à la veuve de la victime la somme de 6,000 livres de dommages-intérêts et en tous les dépens (Brillon, *Dic.* précité, t. V, p. 474). Le souci de l'équité prévalut en l'espèce sur les idées reçues.
7. Brillon, *loc. cit.*, t. I, p. 474.

De la sorte, la prise à partie, loin d'être enfermée dans le cadre rigide que la loi lui assigne, devint un moyen très souple de défense pour les plaideurs.

Ainsi l'erreur de fait ou de droit, la faute, écartée de prime abord par la jurisprudence, redevient suffisante pour fonder la demande des parties dès qu'on peut présumer la moindre intention frauduleuse de la part du juge [1], ou même simplement dès que sa gravité peut faire présumer que toute intention frauduleuse n'en est peut-être point absente [2].

Enfin, dans l'appréciation de cette intention frauduleuse, les parlements se montrent quelquefois fort rigoureux pour les magistrats. Par exemple le parlement de Dijon, par arrêt du 7 février 1619, admet que « le juge prolongeant le terme du detteur peut être pris à partie si le detteur devient insolvable, C'est une affectation qui peut dégénérer en prévarication [3]. »

On pourrait se demander, à propos du point que nous examinons, si la nécessité du dol, de la fraude ou de la concussion a la valeur d'un principe général et si notamment, hors les cas où elles sont expressément prévues, ces mêmes circonstances doivent accompagner la contravention du magistrat aux lois pour que puisse s'exercer la prise à partie. C'est l'avis de Merlin qui veut que, pour devenir moyen de prise à partie, la violation de la loi soit « affectée et inexcusable » et qui en déduit notamment que « les nullités que les juges commettent dans l'instruction et le jugement d'un procès civil ne sont point un cas de prise à partie [4]. »

1. Arrêt du parl. de Dijon, du 24 mars 1672, cité par Serpillon, *Code civ.*, p. 479 et suiv.

2. Louet et Brodeau, *Notables arrests*, t. I, I, XIV, p. 905.

3. Brillon, *loc. cit.*, t. V, p. 476. Un autre arrêt du parl. de Grenoble (16 juill. 1616) condamne le lieutenant du prévôt en Charolais, qui avait exigé une promesse de trente écus de la victime d'un incendie criminel pour informer sur l'affaire, aux dépens, dommages et intérêts, en même temps qu'il prononce la nullité de la promesse (dans Guy Basset, *Plaidoyers*, liv. II, tit. V, ch. VIII, p. 107).

4. Merlin, *Rép.*, « Prise à partie », III.

Pussort, lors de la discussion de l'ordonnance de 1667, sembla témoigner d'un avis contraire. Le simple fait de la contravention se suffit à lui-même ; bien plus, pour les cas où la loi exige expressément un dol, une fraude ou une faute, la transgression constituera toujours le dol ou la fraude ou pour le moins la faute demandée [1].

Sur un point particulier, dont l'examen se révèle pour la première fois à notre étude [2], celui de l'arrestation illégale ou arbitraire, la plupart des auteurs, et Merlin lui-même, se rallient à l'opinion du conseiller Pussort. Ils affirment en effet que la simple inobservation des formes légales en cette matière, notamment de l'article 19 du titre X de l'ordonnance de 1670 qui défend de décréter de prise de corps ou d'ajournement personnel un domicilié, si le crime dont il est accusé n'est pas punissable d'une peine afflictive ou infamante, emporte toujours l'ouverture d'une action en dommages-intérêts contre le juge. La raison en est que « le décret de prise de corps flétrit toujours la réputation de la personne décrétée, et même quand elle n'aurait pas été emprisonnée, sa justification, par un jugement définitif, ne répare qu'imparfaitement le déshonneur qui résulte d'un pareil décret. Il est donc juste que la

1. *Proc.-verb. O. 1667*, p. 486. Poullain-Duparc estime, dans le même sens, qu'au cas où la contravention du juge entraîne la nullité de la procédure (c'est le plus souvent), la prise à partie est fondée. *Loc. cit.*, t. X, p. 909.

2. Nos recherches ne nous ont apporté aucune indication d'une réparation qui aurait été accordée aux victimes d'arrestation arbitraire, soit au moyen âge, soit à l'époque royale antérieure à 1670. Par contre, nous avons pu nous rendre compte que cette préoccupation n'était point absente des lois barbares. Aucun lieu de détention n'existait alors, et c'était la victime ou ses proches qui devaient s'assurer de la personne du délinquant. Mais ce pouvoir était accompagné de garanties sérieuses pour les individus. Le t. XXXII de la *Loi salique* impose « une composition de trente sous à celui qui lie sans motif un homme ingénu, et une autre composition de quinze sous vient se joindre à la première s'il ne l'amène pas immédiatement devant les juges. La détention était ainsi toujours limitée à quelques heures. » (Thonissen, *Proc. pén. loi sal.*, p. 202.) La *Loi Gombette*, de même (tit. XXXII), portait une double amende de trois à douze sous payables, l'une à la victime, l'autre au roi, contre quiconque liait un homme sans juste motif (Dareste, *Nouvelles études d'histoire du droit*, Paris, in-8, 1902-1906, 2e série).

prise à partie procure la ressource des dommages-intérêts que celui qui a été injustement décrété a droit de prétendre [1]. » Et ces dommages-intérêts doivent être proportionnés à la situation sociale du demandeur et au temps d'emprisonnement qu'il a pu subir.

Ce n'est pas la seule hypothèse d'ailleurs. L'action en responsabilité sera encore recevable « si hors le cas de flagrant délit, sans plainte, sans accusation, sans dénonciation, sans partie (civile) et sans corps de délit constant, il (le juge) informait d'un fait qui ne serait point certain; à plus forte raison si le juge faisait arrêter le prétendu coupable, homme domicilié, non d'ailleurs notoirement diffamé, sans qu'il pût s'excuser en disant que c'était le bruit de la ville ou du village [2]. » Il en serait de même du procureur du roi ou fiscal qui, dans les mêmes conditions, ferait arrêter, sur son réquisitoire, un particulier [3]. C'est une des faces de l'arrestation arbitraire proprement dite qui se trouve ainsi décrite et réprimée.

§ 2. — *Contre qui peut s'exercer la prise à partie*

L'exposition, qui précède, des différents cas de prise à partie nous permet de répondre que la prise à partie est recevable, en tenant compte des nombreuses modalités de la loi, contre tous les magistrats depuis les cours souveraines [4] jusqu'aux tribunaux de bailliages et aux prévôtés,

1. Poullain-Duparc, *loc. cit.*, t. X, p. 913, 914.

2. Louet et Brodeau, *loc. cit.*, t. I, I, XIV, p. 905. Dans ce même sens : Merlin, *Rép.*, « Prise à partie », III; Guyot, *Rép.*, t. XIII, p. 655.

3. Louet et Brodeau, précité. Jousse, *Comment. O. 1667*, t. II, p. 423. Pothier, *Traité de procéd. civ. et crim.* (Œuvres, édition Bugnet, Paris, in-8, 1848), p. 183, t. X.

4. On pourrait se demander si la prise à partie, applicable théoriquement aux cours souveraines, par conséquent au parlement, était réalisable en fait contre lui. Nous verrons plus tard, en effet, que ce parlement s'attribua une compétence à peu près exclusive en cette matière. On conçoit, dès lors, qu'il y ait eu quelque difficulté à admettre qu'il pût connaître, sinon d'une prise à

depuis les juges seigneuriaux jusqu'aux juges ecclésiastiques, et à l'intérieur des juridictions contre les présidents, conseillers, rapporteurs, commissaires, contre les juges ou leurs suppléants occasionnels : avocats ou praticiens [1], aussi bien que contre les procureurs du roi ou les procureurs fiscaux. La seule exception était pour les juges en dernier ressort, contre lesquels il n'était d'autre voie de recours que le pourvoi au conseil [2].

De cet ensemble, nous détacherons trois questions qui nous paraissent plus spécialement intéressantes et qui sont : la responsabilité des procureurs du roi ; celle des juges seigneuriaux ou des procureurs fiscaux ; celle des juges ecclésiastiques.

1° *Responsabilité civile des procureurs du roi.* — Elle découle explicitement de plusieurs textes, notamment des articles 62 et 184 de l'ordonnance de Blois (1579), relatifs aux attributions de ces officiers dans la poursuite des procès criminels. La doctrine et la jurisprudence généralisèrent ces prescriptions, assimilant, pour leur responsabilité civile, les procureurs du roi aux juges [3].

Nous avons déjà vu une application de cette théorie à

partie dirigée contre un de ses membres, du moins d'une prise à partie dirigée contre ce corps même pris dans son ensemble. Se déclarer compétent dans une telle hypothèse, c'eût été pour lui s'ériger en juge d'un procès où il était partie, ce qui était inadmissible. Seul le roi, qui ne cessa jamais, jusqu'à la fin de l'ancien régime, d'affirmer son pouvoir suprême en matière judiciaire (Marc. Fournier, *loc. cit.*, p. 304), eût été dans la situation de résoudre le problème. L'espèce ne s'est jamais présentée, d'ailleurs, à notre connaissance. Dans un cas, assez proche de notre hypothèse, celui de l'appel proprement dit, il était admis que ce recours n'était pas recevable contre les sentences du parlement, sans doute pour éviter de semblables difficultés (cf. Marc. Fournier, *loc. cit.*, p. 222 et suiv.).

1. Jousse. *loc. cit.*, t. II, p. 414.

2. Arrêt cour des Aydes, 18 juill. 1691. Jousse, *Comment. O. 1667*, t. II, p. 415 et suiv.

3. « Les mêmes causes qui opèrent la prise à partie contre les juges peuvent la faire admettre contre les procureurs du roi ou les procureurs fiscaux pour ce qu'ils ont fait dans ces fonctions de leur office public. » Poullain-Duparc, *loc. cit.*, t. X, p. 904.

propos de la réparation qu'ils doivent pour les arrestations arbitraires dont ils ont été les instigateurs (*supra*, p. 97). La jurisprudence nous indique d'autres espèces encore, par exemple : lorsqu'ils mettent des entraves à l'exercice normal des juridictions ecclésiastiques (Parlement de Paris, janv. 1525) ; en cas de poursuite calomnieuse, « lorsque l'accusation était fondée sur le droit commun » (Parlement de Provence, 6 déc. 1675) ; par contre, ils ne peuvent être pris à partie, « quelque animosité qu'il y ait de leur part, quand il y a partie civile » (Parlement de Paris, 13 févr. 1570 [1]). Leur refus de conclure, non plus, ne saurait être assimilé au déni de justice et par conséquent ouvrir contre eux une action en dommages-intérêts. On présume alors simplement qu'ils s'en sont remis à justice et le procès suit son cours [2].

Les procureurs généraux près les cours souveraines partagent, d'ailleurs, le sort des procureurs du roi près les juridictions ordinaires (art. 184, O. Blois (1579) ; arrêt Parlement de Grenoble du 21 nov. 1556) [3].

Quant aux substituts des procureurs, leur responsabilité est établie par le même article 184 de l'ordonnance de Blois et par l'article 7 de l'édit d'Amboise de 1572. Mais un arrêt de la cour des Aydes de Paris du 27 novembre 1778 décide que l'intimation ne doit pas leur être adressée directement, mais au procureur dont ils dépendent, « comme prenant le fait et cause de ses substituts [4] ».

2° *Responsabilité civile des juges seigneuriaux et des procureurs fiscaux.* — Elle découle, pour les juges notamment, de l'article 1er, titre VI, de l'ordonnance de 1667, et pour les procureurs fiscaux, de l'article 184 de l'ordonnance de

1. Cet arrêt et tous les précédents sont rapportés par Brillon, *Dic.* précité, t. V, mot « Prise à partie », p. 476.
2. Guyot, *Rép.*, mot « Déni de justice », p. 407, t. V.
3. Id., *Rép.*, mot « Prise à partie », t. XIII, p. 657.
4. Id., *ibid.*

Blois. Ces derniers, qui remplissent près des juridictions seigneuriales le même rôle que les procureurs du roi auprès des royales, sont responsables au même titre, en principe, que les procureurs du roi. Guy Coquille nous enseigne que « quand il n'y a autre partie, le procureur fiscal et par l'issue de l'accusation ne se treuve preuve ny conviction.... le mesme procureur d'office peut estre pris à partie si on a moyen de prouver que par animosité, ou autre male façon il a procédé ; auquel cas il est tenu en son propre nom [1]. » Louet et Brodeau citent pourtant un arrêt contraire de la Tournelle du 26 mai 1691 [2].

Par analogie avec la substitution qui s'opérait de la personne du seigneur à celle de son juge pour la responsabilité de mal jugé, un arrêt du 28 mai 1526 a decidé « qu'un seigneur qui a des officiers par lui mis en sa justice est tenu en son nom de répondre des malversations de sesdits officiers tant en dépens, dommages qu'intérêts, sauf son recours contre lesdits officiers, étant en la puissance du seigneur de choisir des hommes capables pour exercer telles charges et pour ne point bailler aux sujets du roy des juges qui les vexent au lieu de les soulager. » C'est aussi l'opinion de Jousse [3], qui prétend que c'est le seigneur seul qui doit être pris à partie. Cependant Louet et Brodeau, qui ont rapporté l'arrêt, affirment en sens contraire que cela « ne se jugerait pas à présent, à moins qu'il n'y eût une si grande faute de la part du seigneur que l'on pourrait dire être un dol, comme s'il avait mis un infâme condamné pour malversation [4]. » Poullain-Duparc soutient la même thèse et n'hésite pas à déclarer l'appelant qui procéderait ainsi passible de l'amende de fol appel [5].

1. Guy Coquille, *Questions et réponses*, ch. XIII.
2. Louet et Brodeau, *Notables arrests*, t. I, I, XIV, p. 901.
3. Josse, *Comment. O. 1667*, t. II, p. 414, 415.
4. Louet et Brodeau, *Notables arrests*, t. II, O. IV, p. 270.
5. Poullain-Duparc, *loc. cit.*, t. X, p. 904.

3° *Responsabilité civile des juges ecclésiastiques.* — En principe, la responsabilité civile des juges ecclésiastiques se trouve engagée dans les mêmes conditions que celle des juges royaux, puisqu'il est admis que les ordonnances les obligent au même titre que ces derniers [1] et que spécialement l'article 1er du titre Ier de l'ordonnance de 1667 consacre à leur endroit cette thèse [2]. Dans les trois occasions, les plus fréquentes, de dommages pour les particuliers : déni de justice, déni de renvoi, mauvais jugement, la loi prend soin d'ailleurs d'embrasser chaque fois les juridictions ecclésiastiques dans ses prévisions.

Le déni de justice des juges ecclésiastiques, qui était expressément mentionné dans le projet de l'ordonnance de 1667 (T. XXVI, art. 1er) et dont la mention ne disparut que sur l'observation de Lamoignon (proc.-verb., p. 359), rentre dans les termes généraux de l'article 1er du titre XXV. C'est l'avis de Serpillon, qui ne voit rien là que de très conforme d'ailleurs à la théorie des abus [3].

L'article 1er du titre VI sur les dénis de renvoi vise, d'autre part, explicitement celui des juges ecclésiastiques.

Quant à la prise à partie pour mauvais jugement, elle est prévue par un édit postérieur d'avril 1695 (art. 43) qui porte qu' « à l'égard des ordonnances et jugemens que lesdits prélats ou leurs officiaux auront rendus ; et que les promoteurs auront requis dans la juridiction contentieuse [4], ils ne pourront pareillement être pris à partie ni

1. Serpillon (*Comment. O. 1667*, p. 3), parlant de la prescription de l'art. 1, t. I, O. 1667, ajoute en effet : « ce qui est conforme aux anciens usages ».

2. L'art. 1, t. I, O. 1667, est ainsi conçu : « Voulons que la présente ordonnance et celles que nous ferons ci-après, ensemble les édicts et déclarations que nous pourrons faire à l'avenir, soient gardées et observées par toutes nos cours de parlement, grand conseil, etc.... et autres nos cours, juges, magistrats, officiers, tant de nous que des seigneurs et par tous nos autres sujets, *même dans les officialités.* »

3. Serpillon, *loc. cit.*, p. 473.

4. Pas de prise à partie dans l'hypothèse de la juridiction gracieuse. Même édit, même article.

intimés en leurs propres et privés noms, si ce n'est en cas de calomnie apparente, et lorsqu'il n'y aura aucune partie capable de répondre des dépens, dommages-intérêts qui ait requis ou qui soutienne leurs ordonnances ou jugemens.... »

§ 3. — *Règles de procédure de la prise à partie*

A. *Caractère de droit strict de la prise à partie.* — La demande en dommages-intérêts formée contre le juge devait relever un des cas de prise à partie prévus expressément par les ordonnances, car « en général on ne doit jamais perdre de vue que la prise à partie est de toutes les actions la plus extraordinaire, et, par conséquent, la plus odieuse [1]. » Spécialement « on ne saurait étendre la prise à partie, si elle n'est pas déterminée par d'autres motifs, à tous les cas où des pénalités sont portées par les ordonnances de 1667, 1670, contre les juges [2]. »

B. *Requête et autorisation préalables.* — Un arrêt de règlement du Parlement de Paris du 4 juin 1699, confirmé par un second du 17 mars 1700 [3] et par de nombreux arrêts [4], enjoignait « à tous ceux qui croiront devoir prendre des juges à partie d'expliquer simplement et avec la modération convenable les faits et les moyens qu'ils estimeront nécessaires à la décision de leur cause, sans se servir de termes injurieux, contraires à l'honneur et à la dignité du juge, à peine de punition exemplaire [5]. » Cette requête, qui devait être communiquée au procureur général pour ses réquisitions, tendait à obtenir, soit du Parlement, soit des autres cours souveraines, un arrêt qui autorisât, sans

1. Merlin, *Rép.*, mot « Prise à partie », III.
2. Poullain-Duparc, *loc. cit.*, t. X, p. 909.
3. Id., *ibid.*, p. 905; Jousse, *Comment. O. 1667*, t. II, p. 420.
4. Merlin, *Rép.*, mot « Prise à partie », II.
5. Brillon, *Dic.* précité, t. V, mot « Prise à partie », p. 475.

rien préjuger du fond [1], l'assignation du juge pris à partie.

L'origine de cette formalité doit être recherchée, paraît-il, dans un conflit entre le conseil du roi, qui prétendait évoquer les prises à partie sous prétexte d'assurer une plus grande impartialité dans la sentence, et les Parlements. Ces derniers « luttèrent pour échapper à ce contrôle étranger et ils décidèrent que leurs membres ne seraient pris à partie qu'après l'autorisation préalable des magistrats. Ce préliminaire naquit ainsi, moins du besoin d'écarter l'action des particuliers que de la nécessité d'échapper à la mainmise du gouvernement sur l'administration de la justice [2]. »

Le système ne tarda pas à se généraliser. Requêtes et autorisations s'imposèrent « à peine de nullité de la procédure et de telles amendes qu'il appartiendra » (même arrêt, 4 juin 1699), et cela aussi bien pour l'intimation des procureurs du roi ou de leurs substituts (arrêt Cour des Aydes de Paris, 27 mars 1778) [3] que pour celle des juges des tribunaux ecclésiastiques [4] ou des cours souveraines. Seulement, dans ce dernier cas de la prise à partie des cours souveraines, le roi seul peut donner l'autorisation [5].

C. *La prise à partie n'a pas d'effet suspensif.* — La prise à partie, à elle seule, ne suffit pas à arrêter l'instruction des procès tant qu'il n'y a point d'arrêt de défense au greffe du juge intimé. Mais la procédure pourra toujours, le cas échéant, être annulée aux frais et dépens de ce juge [6]. Un arrêt du Parlement de Grenoble du 10 juillet 1603 applique ce principe à l'instruction des procès criminels [7].

1. Louet et Brodeau, *Notables arrests*, t. I, I, XIV, p. 905.
2. Morizot-Thibault, *Mémoire à l'Académie des sciences morales et politiques*, 1905, p. 590.
3. Guyot, *Rép.*, mot « Prise à partie », t. XIII.
4. Édit d'avril 1695, art. 43 *in fine* : « et ne seront les officiaux tenus de défendre à l'intimation qu'après que nos cours souveraines l'auront ainsi ordonné en connaissance de cause. »
5. Guyot, *Rép.*, mot « Prise à partie », t. XIII.
6. Louet et Brodeau, *loc. cit.*, t. I, I, XIV, p. 906.
7. Brillon, *loc. cit.*, t. V, « Prise à partie », p. 475.

Toutefois, d'après l'article 5, titre XXVI, de l'ordonnance de 1667, combiné avec le règlement du 17 mars 1700 précité [1], le juge pris à partie doit s'abstenir de trancher le litige pendant, à dater de la signification de l'arrêt qui autorise son assignation. Il n'y a d'exception que pour le cas où les deux parties consentent par écrit à s'en remettre à lui.

D. *Caractère collectif de l'assignation.* — Dans le cas où le fait générateur de la prise à partie n'est pas personnel à l'un des juges, mais émane de la juridiction considérée dans son ensemble, comme un jugement, par exemple, l'assignation doit viser tous les juges qui y ont participé. Ainsi l'a décidé un arrêt du 17 novembre 1639, et un juge alors « alléguerait inutilement que la sentence a été rendue contre son avis et que l'opinion de son confrère a prévalu [2]. »

§ 4. — *Règles de compétence*

Théoriquement, la prise à partie devrait, pour la compétence, suivre les règles ordinaires de l'appel. Rien dans les textes, en effet, ne permet de distinguer, à ce point de vue, ces deux voies de recours.

En fait cependant, les cours souveraines étaient toujours saisies [3] et, parmi elles, les Parlements réussirent à imposer, d'une façon à peu près universelle, leur juridiction [4]. Un arrêt du Parlement de Paris de décembre 1693 affirma cette compétence même lorsque la prise à partie était dirigée contre un juge subalterne ; et un second arrêt du 24 mars 1708 ajouta qu'en ce cas la permission préalable ne devait même pas être accordée par la juri-

1. Poullain-Duparc, *loc. cit*, t X, p. 923.
2. Poullain-Duparc, *loc. cit.*, t. X, p. 928.
3. Louet et Brodeau, *loc. cit.*, t I, I, XIV. La déclaration du 20 avril 1732 (art. 4) confirme cette pratique : « Aucun tribunal inférieur ne peut connaître de la prise à partie » (citée par Poullain-Duparc, *loc. cit.*, t. X, p. 905).
4. Poullain-Duparc, *ibid.*, p. 915.

diction immédiatement supérieure, mais par le seul Parlement [1].

Lorsqu'elle était fondée sur un déni de renvoi, la prise à partie ne suivait pas la procédure ordinaire des appels au Parlement ; pour plus de célérité elle était, d'après l'article 4, titre VI, ordonnance de 1667, « incessamment vuidée » par l'avis des gens du roi au Parlement. Cet appel au parquet du Parlement avait lieu directement, *omisso medio* (arrêt du Parlement de Dijon du 18 mai 1729) [2].

Dans les autres cas, le rôle du Parlement se bornait à la simple appréciation des moyens de prise à partie. Il ne pouvait, hormis l'hypothèse où cela eût été indispensable au jugement de la prise à partie, retenir par-devers lui la connaissance du litige au fond ; il devait toujours la renvoyer au juge supérieur de celui qui était intimé [3].

C'était aussi au Parlement que devaient être adressées toutes les prises à partie des juges ecclésiastiques. Dès le début, doctrine [4] et jurisprudence [5] le décidèrent ainsi par application de la théorie des appellations comme d'abus. Cette sorte de recours avait pour but, on le sait, de remédier, entre autres excès, aux infractions des juridictions ecclésiastiques « soit par entreprise sur la juridiction séculière, soit par contravention aux canons reçus dans le royaume, aux ordonnances, coutumes et usages du

1. Brillon, *loc. cit.*, t. V, mot « Prise à partie », p. 475 (cet arrêt et le précédent).

2. Arrêt dans Serpillon, *Cod. civ.*, p. 61.

3. Poull.-Dup., *loc. cit.*, t. X, p. 918. Toutefois, l'appelant de déni de justice bien fondé pouvait faire évoquer le principal de la matière à la cour (arrêt parl. de Provence, du 2 décembre 1641, Brillon, *loc. cit.*, t. II, mot Déni de just.).

4. Serpillon, *loc. cit.*, p. 479 ; Guyot, *Rép.*, mot « Déni de just. », titre V, p. 407 ; Bourdot de Richebourg, *Conférences des ordonnances de Louis XIV* (Paris, 1755, 2 vol. in-4), t. I, p. 228.

5. Un arrêt du 27 août 1701 fait défense à l'official de la primatie de Lyon de recevoir les appel de déni de justice. Dans Serpillon, *Code crim.*, t II, p. 1190 ; même sens dans Brillon, *loc. cit.*, mot Déni de justice, t. II : arrêts des Parlem. de Normandie, 12 mars 1533 ; Aix, 26 janv. 1690 ; Paris, 9 févr. 1654.

royaume.... et même aux louables coutumes et usages particuliers des lieux, des églises et monastères, déni de justice ou injustice évidente [1]. »

De cette façon se justifiait la prétention du Parlement de connaître des cas de prise à partie des juges d'Église, spécialement dans les trois grandes hypothèses : déni de justice, déni de renvoi et mauvais jugement.

Le déni de justice d'abord, car, comme le dit Talon à la discussion de l'ordonnance de 1667, le roi ayant donné la juridiction à tous les juges, c'est « en abuser que de la refuser arbitrairement aux plaideurs [2]. » Bien entendu, faut-il que le déni de justice soit établi par les sommations prescrites de droit commun [3].

De même, en raison du sens général de l'article 4 du titre VI de l'ordonnance de 1667, les dénis de renvoi des juges ecclésiastiques ne peuvent être décidés qu'au parquet du Parlement. D'ailleurs, le déni de renvoi constitue à lui seul un abus et, comme tel, eût suffi à fonder la compétence du Parlement [4].

L'édit de 1695, qui prescrit expressément que la prise à partie des tribunaux d'église ne peut avoir lieu qu'après autorisation des cours souveraines, vient confirmer implicitement la théorie qui voyait dans l'injustice évidente un moyen utile d'appel comme d'abus [5].

En toute matière d'ailleurs, le Parlement devait se borner à l'appréciation de l'abus. Quant au fond du litige, il devait, comme pour les autres sortes d'appels, en renvoyer la connaissance aux juridictions ecclésiastiques lors-

1. Poullain-Dup., *loc. cit.*, t. X, p. 813. Même sens : Nicolas Bergeron, *Police générale du royaume de France*, p. 62.

2. *Proc.-verb. O. 1667*, p. 36 et suiv.

3. Brillon (*Dic.* précité, t. II, p. 554), malgré l'arrêt du 27 août 1701, cité à la page précédente, note 5, semble indiquer pourtant que la voie de l'abus n'est pas l'unique, et que coexiste en tout cas avec lui l'appel simple, comme de déni de justice, devant le juge ecclésiastique supérieur.

4. Serpillon, *Code civ.*, p. 64.

5. Poull.-Dup., *loc. cit.*, t. X, p. 873.

que la cause était de leur compétence (Édit d'avril 1695, art. 37).

§ 5. — *Effets de la prise à partie*

Le plaideur admis à user de la prise à partie devait apporter la preuve rigoureuse de ses allégations, car « la faute du juge ne se présume pas, mais au contraire son attachement aux devoirs de sa fonction [1]. »

S'il réussissait dans cette preuve, le juge pris à partie était condamné en des dommages-intérêts envers lui [2], et il ne semble pas que quant à l'évaluation à faire, les ordonnances aient jamais donné aucune indication. Ce point était laissé à l'arbitre souverain des magistrats qui statuaient.

Le demandeur qui échouait, par contre, devait payer au juge injustement poursuivi une amende proportionnelle au préjudice qu'il avait souffert [3]. Nous voyons, dans une espèce particulière, cette amende fixée à vingt livres par arrêt du 26 janvier 1537 [4].

Au cas où c'était un juge ecclésiastique qui avait été faussement intimé par voie d'appel comme d'abus, il y avait une amende envers le roi, qui varia avec les ordonnances successives [5], et fut fixée à 75 livres par l'ordonnance de 1695. Il y avait en outre, au parlement de Toulouse, une amende fixe de 37 livres 10 sous envers le juge [6].

Sur le point de savoir si la prise à partie peut être diri-

1. Poull.-Dup., *loc. cit.*, t. X, p. 907.

2. Au cas de déni de justice, par exception, les deux parties peuvent également concourir aux dommages-intérêts, « car l'intimé peut souffrir du déni autant que l'appelant ». Poull.-Duparc, *loc. cit.*, t. X, p. 917.

3. Louet et Brodeau, *loc. cit.*, t. I, liv. I, XIV, p. 906.

4. Brillon, *loc. cit.*, t. V, mot « Prise à partie », p. 475.

5. Cf. Moïse Cagnac, *De l'appel comme d'abus dans l'ancien droit français* (Paris, 1906, in-16), p. 54.

6. *L'O. de 1667, mise en pratique conformément à la jurisprudence et à l'usage du parlement de Toulouse* (Toulouse, 1759), p. 158.

gée, après la mort du juge, contre ses héritiers, la jurisprudence ancienne demeurait hésitante.

Ainsi un arrêt du parlement de Dijon, du 18 décembre 1687, débouta une demande en dommages et intérêts formulée contre l'héritier du juge, à raison d'une irrégularité de procédure commise par ce dernier. Mais, ajoute Serpillon, « il n'en serait pas de même si le juge avait reçu quelque chose contre l'équité; elle pourrait être répétée contre son héritier parce qu'il en profiterait [1]. »

Un arrêt du Parlement de Paris du 7 août 1727, d'autre part, décida que l'action, non exercée après l'arrêt qui permettait la prise à partie, n'était pas éteinte par la mort du juge. Ce à quoi Poullain-Duparc objecte qu'il devrait en être ainsi, même en l'absence de tout arrêt d'autorisation, « car il ne s'agit pas ici de matière pénale personnelle et eût-elle même pour fondement un délit du juge, son objet n'est borné qu'au dédommagement du préjudice causé par le délit ou la faute du juge [2]. »

Au total, la responsabilité des magistrats sous l'ancien régime présente ceci de caractéristique qu'elle n'est que l'accessoire de la responsabilité pénale ou disciplinaire. La base en était toujours un délit, une illégalité ou du moins un manquement grave aux règles de la profession ; c'était donc beaucoup plus à *punir le juge qu'à défendre le justiciable* que tendait la loi.

1. Serpillon, *Cod. civ.*, p. 477.

2. Poull.-Dup., *loc. cit.*, t. X, p. 925 et suiv. Dans le sens de l'affirmative nous avons déjà vu l'arrêt précité du conseil d'État, en date du 15 octobre 1708, englober dans une même condamnation générale en dommages-intérêts les officiers de la cour des monnayes, « eux, leurs veuves et héritiers ». Cf. *supra*, p. 94, note 6.

CHAPITRE V

LES LOIS RÉVOLUTIONNAIRES ET LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU CODE DE PROCÉDURE

SECTION Ire

Les lois révolutionnaires

Les lois de la période révolutionnaire n'apportent aucun élément nouveau dans la matière. Elles se contentent de ratifier l'état de choses existant sous l'ancien régime, en précisant toutefois certains points de procédure ou en les adaptant à l'organisation judiciaire nouvelle.

C'est ainsi que la *Loi des 27 novembre-1er décembre 1790*, pour la formation d'un tribunal de cassation, attribuait, dans son article 2, compétence à cette juridiction pour connaître « des demandes en prise à partie contre un tribunal entier », et dans son article 5 consacrait le principe, élaboré par la jurisprudence des parlements, de la requête et de l'autorisation préalable.

Le Code du 3 brumaire an IV fut plus explicite. L'article 565 énumérait d'abord limitativement les cas de prise à partie, et en cela ne faisait que rappeler le système admis sous la monarchie. « Il y a lieu à prise à partie contre un juge, dit-il, dans les cas suivants seulement :

« 1° Lorsqu'elle est ouverte à son égard par la disposition expresse et textuelle d'une loi ;

« 2° Lorsqu'il est exprimé dans une loi que les juges sont responsables à peine de dommages-intérêts ;

« 3° Lorsqu'il y a, de la part d'un juge, dol, fraude ou prévarication commise par inimitié personnelle ;

« 4° Lorsqu'il est dans le cas de forfaiture. »

Quant à la procédure, la requête et l'autorisation préalable se trouvent maintenues, mais on se sépare de la pratique ancienne, en ce que l'autorisation n'émane plus du tribunal qui doit rendre le jugement sur la prise à partie.

La requête, qui est notifiée au juge un mois avant sa présentation, et à laquelle doivent être joints tous les moyens de preuve du demandeur, doit [1] en effet être adressée pour autorisation au « Corps législatif, s'il s'agit d'un membre du tribunal de cassation ou de la haute-cour de justice », au « tribunal de cassation, s'il s'agit soit d'un membre du tribunal civil ou criminel du département, soit de tous les membres collectivement d'un tribunal correctionnel ou de police », enfin à « un tribunal criminel de département s'il s'agit d'un juge de paix ou assesseur de juge de paix » (art. 566).

De semblables prescriptions constituaient un obstacle extrêmement sérieux à l'exercice de la prise à partie et, pour autant qu'elles obligeaient le plaignant à solliciter l'intervention des deux conseils du Corps législatif dans la poursuite civile d'un magistrat judiciaire, l'obstacle qu'elles soulevaient ne tardait pas à dégénérer en une dangereuse confusion des pouvoirs.

Le décret ou jugement d'autorisation ainsi obtenus devaient renvoyer, pour la solution définitive de la prise à partie, « devant un tribunal civil, si par la nature de l'affaire il ne peut y avoir lieu qu'à une condamnation de dommages-intérêts et devant un tribunal criminel, si, par la nature de l'affaire, il peut y avoir lieu à des peines soit

1. Toutes ces dispositions et celles de l'art. 565 sont prescrites à peine de nullité (art. 568).

correctionnelles, soit infamantes, soit afflictives » (art. 569).

La loi constitutionnelle du 22 frimaire an VIII (art. 65) et la loi du 27 ventôse de la même année sur l'organisation judiciaire vinrent modifier cette situation.

La Constitution du 22 frimaire, dans son article 65, attribuait déjà au tribunal de cassation le jugement des prises à partie contre un tribunal entier. La loi du 27 ventôse suivant apporta des précisions nouvelles en partageant le jugement d'admission et le jugement définitif de la prise à partie, entre la première et seconde section du tribunal de cassation (art. 60).

A cela se réduisent les textes législatifs de la période révolutionnaire sur la prise à partie. On ne constate alors, on le voit, aucun effort pour accorder aux justiciables lésés du fait de leurs juges une réparation un peu plus large que celle qui leur était concédée par les ordonnances royales. A cette époque, certes, la sauvegarde des droits des justiciables n'a pas été absente des préoccupations du législateur, mais on a estimé qu'il y avait une garantie suffisante pour elle dans la responsabilité pénale des magistrats ; de la sorte, malgré la divergence des points de départ, on en vint simplement, sans paraître d'ailleurs y attacher une extrême importance, à homologuer l'œuvre de l'ancien régime.

SECTION II

Les travaux préparatoires du Code de procédure

Les travaux préparatoires du Code de procédure dénotent, chez ses rédacteurs, un état d'esprit bien différent sur ce point de celui des législateurs révolutionnaires.

Sans doute, le fondement juridique se trouve cette fois nettement déterminé. La prise à partie n'est plus l'accessoire de mesures pénales ou disciplinaires prises contre

les magistrats, mais bien une arme accordée aux parties lésées contre les magistrats. Sa situation dans le Code de procédure civile et dans le titre : des voies extraordinaires pour attaquer les jugements, témoigne clairement de son caractère purement civil, que confirment encore les paroles de Bigot-Préameneu dans l'exposé des motifs. Il importe, dit ce dernier, d'édicter une loi sévère « sous l'égide de laquelle les parties lésées obtiendront des dommages-intérêts ou feront même, suivant les circonstances, prononcer des peines plus graves ».

Néanmoins, si l'intérêt du plaideur lésé devient le pivot de la prise à partie, celle-ci continue toujours de n'apparaître guère que comme une mesure complémentaire de protection, à ajouter à la responsabilité pénale des magistrats pour laquelle les jurisconsultes impériaux réservent tous leurs soins. Nous nous trouvons à une époque de transition, de laquelle il est difficile d'apercevoir toute l'ampleur que va prendre la notion de la responsabilité civile en matière de délit et de quasi-délit, sous l'empire du Code civil. Et c'est là peut-être ce qui explique le peu d'empressement des rédacteurs du Code pour l'élargissement de la prise à partie.

Les travaux préparatoires ne témoignent, en effet, d'aucune discussion sérieuse sur ce point [1]. L'exposé des motifs, présenté par Bigot-Préameneu au Corps législatif, dans la séance du 7 avril 1806, réserve faite du caractère juridique nouveau de la prise à partie, s'emploie uniquement à proposer des améliorations de procédure. Les termes du projet passèrent d'ailleurs sans modifications dans le texte du Code de procédure, sous les articles 505 et suivants, titre III, à la séance du 17 avril 1806 et après rapport favorable de M. Albisson, orateur du Tribunat.

1. *Archives parlementaires*, séance du 7 avril 1806, 2e série, t. IX, p. 203 ; t. IV, p. 15 (Madival et Laurent, gr. in-8, Paris, 1867).

CHAPITRE VI

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES MAGISTRATS DEPUIS LE CODE DE PROCÉDURE

Le système de la prise à partie consacré par le Code de procédure provoquera, au cours du XX^e^ siècle — comme nous le verrons ultérieurement — un travail assez considérable de la doctrine et de la jurisprudence.

Les travaux législatifs sur cette matière sont rares, au contraire. Il y eut bien çà et là deux projets officiels de réforme : l'un émané de la commission instituée au ministère de l'intérieur pour la réforme du Code de procédure par arrêté du 9 novembre 1862 [1] ; l'autre présenté par M. Sarrien, garde des sceaux, le 25 octobre 1898, à la Chambre des députés. Mais les modifications qu'ils contenaient ne touchaient qu'à la forme de la prise à partie et laissaient subsister intégralement le fond.

Il faut venir jusqu'aux dernières années du XIX^e^ siècle et aux premières du siècle présent pour rencontrer un effort législatif tendant à l'instauration d'une responsabilité civile des magistrats sur des bases nouvelles. La préoccupation qui l'inspire témoigne du désir d'assurer chez les magistrats un respect plus rigoureux des garanties de la liberté individuelle. C'est pourquoi nous retrouvons, dans tous

1. Dall., *Rép. suppl.*, « Prise à partie » et « Enquête », n° 1.

les projets de cette époque, la réforme de la prise à partie étroitement liée au rappel des principes anciens ou à l'affirmation des garanties nouvelles de la liberté individuelle. Ces projets et propositions de loi, qui émanent de MM. de Ramel (5 décembre 1898), Monis (janvier 1904), Clémenceau (16 décembre 1904), et Cruppi (3 février 1905), subirent, au cours de leur discussion parlementaire, bien des retards et des vicissitudes. Ils viennent d'être repris et fondus plus récemment dans un projet de loi sur la liberté individuelle voté par le Sénat, en première et seconde lecture, les 9 février et 3 mars 1909.

Entre temps, cependant, l'édifice de la prise à partie s'est trouvé sérieusement menacé par un texte d'ordre général de 1870. Le 19 septembre 1870, en effet, le gouvernement de la Défense nationale décrétait :

« Art. 1er. L'article 75 de la Constitution de l'an VIII est « abrogé. Sont également abrogées toutes autres disposi- « tions des lois générales ou spéciales ayant pour objet « d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnai- « res publics de tout ordre. »

L'article 2 s'en remettait à un texte législatif à venir du soin de statuer sur les mesures à prendre pour éviter les poursuites téméraires contre les fonctionnaires.

L'article 75 de la Constitution de l'an VIII, dont l'abrogation était décidée et qui édictait la nécessité d'une autorisation préalable du Conseil d'État pour la poursuite, devant les tribunaux ordinaires, des fonctionnaires, relativement à des faits de leurs fonctions, n'a pas de rapport immédiat avec notre matière.

On s'est demandé au contraire très sérieusement, devant la portée générale de la seconde phrase de l'article 1er du décret de 1870, si tout le système de la prise à partie ne se trouvait pas d'un seul coup implicitement abrogé.

Telle fut l'opinion qu'émit, à l'époque du décret, Duvergier qui, considérant les procédures spéciales de la prise à

partie et les prérogatives de juridiction qu'elle entraîne comme des entraves à la poursuite de fonctionnaires publics, estime, en conséquence, que la prise à partie n'a pu survivre au décret de 1870 et que le droit commun doit désormais s'appliquer, sans aucune restriction, pour la poursuite des magistrats [1].

Une seconde opinion, s'attachant à la lettre même du décret, recherche, pour les faire tomber sous le coup du décret de 1870, les dispositions relatives à la prise à partie « qui ont pour objet d'entraver les poursuites des magistrats ». Or, qu'est-ce qu'une entrave à la poursuite ? C'est, répond Labbé, « une condition préalable à laquelle la poursuite est subordonnée, et non pas une règle sur l'étendue de la responsabilité au fond [2] ». Cela s'entend, en matière de prise à partie, de la permission préalable qui, par l'incertitude qu'elle fait peser sur le jugement de l'instance, présente bien les caractères d'une entrave. Mais cela ne saurait s'appliquer ni au privilège de juridiction qui, loin de constituer un obstacle, offre les garanties les plus sérieuses d'indépendance aux particuliers, ni à l'article 505 du Code de procédure qui, malgré son caractère limitatif, pose une règle particulière de responsabilité civile [3].

Un troisième système, celui de la jurisprudence, affirme la persistance intégrale des formes de la prise à partie. Non seulement, dans cette théorie, le privilège de juridiction a survécu au décret de 1870 [4], mais aussi les prescriptions des articles 510 et suivants sur l'autorisation préalable. D'après elle, les lois spéciales, dont l'abroga-

1. Duvergier, *Collection des lois*, t. LXX, p. 335.

2. Labbé, en note sous Cass., 3 août 1873 (S., 76, I, 193).

3. Ce système est celui de MM. Glasson (*Revue critique de législ. et jurisprudence*, nouv. série, t. III, 1873-1874, p. 386 et suiv.); Labbé, sous Cass., 14 juin 1876 (S., 77, I, 193); Mourlon-Naquet, *Répétitions écrites sur le Code de procédure civile*, p. 804 et suiv.; Emion, *La responsabilité des fonctionnaires*, p. 66.

4. Cass, 15 sept. 1871 (D., 71, I, 189; S., 72, I, 45); 9 févr. 1872 (D., 72, I, 202); 24 décembre 1874 (D., 75, I, 442; S., 75, I, 48).

tion est prévue par le décret, sont celles qui imposaient, pour la poursuite d'un grand nombre de fonctionnaires, l'obtention d'une autorisation préalable de leurs supérieurs hiérarchiques, et les lois générales sont celles qui avaient pour but d'éviter, comme l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, l'immixtion de la justice dans l'administration, par la citation de fonctionnaire à sa barre par exemple. D'ailleurs, on ne saurait admettre, « en l'absence d'une abrogation formelle et particulière », que ce décret ait, malgré la généralité de ses termes, « supprimé de nos Codes toute une procédure prudemment instituée comme une des garanties essentielles de la justice [1] ».

C'est à cet avis que se rangent MM. Garsonnet et César Bru, qui trouvent peu vraisemblable que les auteurs d'une réforme « décrétée subitement, sans discussion préalable, comme le dit M. Glasson, à une époque où tous les esprits étaient en proie aux plus vives anxiétés » [2], « aient entendu abroger toutes les garanties qu'une législation plusieurs fois séculaire a établies pour la protection des magistrats, trancher d'un seul mot une question aussi délicate et aussi complexe que celle de leur responsabilité, et apporter par une simple allusion un changement aussi considérable aux principes du droit français [3]. »

De cette théorie, l'argumentation n'est peut-être pas sans réplique, puisque, de l'aveu même de la jurisprudence antérieure à 1870, la prise à partie est appelée à donner aux juges une garantie « analogue [4] » à celle que l'article 75, Const. an VIII, accordait aux fonctionnaires administratifs ; elle demeure cependant la plus vraisemblable si l'on s'en réfère aux intentions du législateur.

1. Cass., 4 mai 1880 (D., 80, I, 460); même sens dans Besançon, 22 juin 1873 (S., 73, II, 147); Cass., 14 juin 1876 (D., 76, I, 303).

2. Glasson, *Revue critique*, précitée, p. 387.

3. Garsonnet-César Bru, *Précis de procédure civile* (6e éd., Paris, 1909), p. 656.

4. Trib. civ. Caen, 12 juin 1849 (D., 50, III, 30).

DEUXIÈME PARTIE

LA PRISE A PARTIE DANS LE CODE DE PROCÉDURE LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE MODERNES

CHAPITRE PREMIER

LA PRISE A PARTIE : LES RÈGLES DE FOND

SECTION Ire

Définition et caractères généraux

La prise à partie peut se définir : une action civile, soumise à des règles de procédure et de compétence exceptionnelles et accordée extraordinairement, par la loi, aux plaideurs contre leurs juges, pour obtenir réparation de leurs instructions ou jugements dolosifs, de certaines illégalités par eux commises dans l'exercice de leurs fonctions et de tous dénis de justice.

La prise à partie est une *action civile*. Cela la différencie immédiatement des actions pénales et disciplinaires qui sanctionnent, de leur côté, les responsabilités encourues par les magistrats à l'occasion des actes de leurs fonctions.

Au point de vue pénal d'abord, les magistrats se trouvent, en tant que tels, soumis à des dispositions particulières qui constituent la forfaiture.

D'une façon générale, la forfaiture désigne tout crime commis par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions (art. 166, 168 C. pén.). Elle est punie, sauf prévision contraire de la loi, de la dégradation civique (art. 167 C. pén.).

Elle embrasse deux séries d'hypothèses : les unes générales : corruption (art. 177 C. pén.) ; participation des fonctionnaires aux crimes dont la surveillance ou la répression leur est attribuée (art. 198 C. pén.) ; coalition de fonctionnaires (art. 126 C. pén.) ; prévarication par faveur ou inimitié (art. 184 C. pén.) ; violation de domicile (art. 185 C. pén.) et déni de justice, etc. ; les autres, spéciales aux fonctionnaires de l'ordre judiciaire [1], qui sont contenues dans les articles 121, 183 du Code pénal (violation des garanties politiques accordées aux ministres et de l'immunité parlementaire) ; dans l'article 127 (empiétement de l'autorité judiciaire sur les pouvoirs législatif et exécutif).

Les forfaitures sont poursuivies et instruites selon une procédure exorbitante du droit commun, en application des articles 483 et suivants du Code d'instruction criminelle.

L'action disciplinaire, d'autre part, tend uniquement à la répression des manquements professionnels par l'application d'une « pénalité appropriée, c'est-à-dire professionnelle [2]. » Il suit de là que sa mise en œuvre n'est pas subordonnée à l'existence d'un préjudice éprouvé par un tiers et que, si préjudice il y a, la juridiction disciplinaire n'est nullement compétente pour statuer sur les dommages-intérêts de la victime [3]. L'action disciplinaire de plus, de nature différente de l'action publique, est indépendante d'elle et l'exercice ou le non-exercice de cette dernière, à raison du même fait, ne saurait en aucune manière influer sur elle [4].

La connaissance en est réservée, par la loi du 3 août

1. Le Code du 3 brumaire an IV (art. 641) réservait le mot de *forfaiture* aux crimes et délits commis par *les seuls juges* dans l'exercice de leurs fonctions.

2. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel* (5e édit., Paris, 1905), p. 509 et suiv.

3. Cass., 19 août 1844 (S., 45, I, 62) ; 7 juill. 1885 (S., 88, I, 479) ; 24 juill. 1888 (S., 88, I, 464).

4. Fuzier-Hermann, *Répertoire*, mot « Discipline », n° 22.

1883, à la Cour de cassation, érigée en conseil supérieur de la magistrature. C'est au garde des sceaux, qui possède par ailleurs la haute surveillance des juges civils et commerciaux et peut leur infliger des réprimandes, qu'il appartient de saisir la cour. Les peines encourues sont : la censure simple ou avec réprimande et privation de traitement pour un mois ; la suspension provisoire avec privation de traitement. Quant à la destitution, elle ne peut être prononcée « que pour des faits entraînant incapacité des fonctions judiciaires légalement constatés. »

En face de ces deux actions, dont l'une, la pénale, a pour but de prévenir et de réparer le désordre social causé par les actes criminels des magistrats ; dont l'autre, la disciplinaire, a pour but « de venger l'honneur de la profession » [1], se place l'action civile de la prise à partie, qui tend uniquement à l'indemnisation de la partie lésée [2].

A cet égard, la règle qui domine cette matière, c'est l'irresponsabilité civile du magistrat à raison des actes de sa fonction, et l'esprit qu'on en dégage, c'est une présomption de non-culpabilité à son égard [3].

Le législateur pourtant n'a pas voulu en faire une règle intangible. Il a fait la part des défaillances humaines et il a estimé qu'une maxime de bon ordre social, comme l'irresponsabilité des juges, ne devait pas prévaloir sur l'éventualité de réparations que l'équité réclamerait. Il a autorisé les victimes d'abus judiciaires à exciper de leur préjudice dans la prise à partie, mais il a accompagné cette concession de toutes les mesures de prudence et de garantie qu'il a ju-

1. Morizot-Thibault, *Mémoire à l'Académie*, p. 580, note 2.

2. Nous verrons ultérieurement que la prise à partie, toutefois, peut indirectement provoquer la mise en mouvement de l'action publique, par application de l'art. 494 du Code d'instruction criminelle, par exemple, et provoquer aussi indirectement l'annulation du jugement au cas où elle réussit. Mais son objet principal n'en demeure pas moins les dommages-intérêts de la victime.

3. Thomine-Desmazures, *Commentaire sur le Code de procédure civile*, t. I, p. 754.

gées nécessaires pour la sauvegarde des principes posés. C'est ainsi qu'apparaît le caractère essentiellement exceptionnel de la prise à partie. Il se manifeste par la soustraction du juge au droit commun de la responsabilité civile de l'article 1382, de la compétence du tribunal du défendeur, de la procédure par l'autorisation préalable, et il engendre deux conséquences :

1° Toutes les prescriptions relatives à la prise à partie sont de droit strict et doivent s'interpréter rigoureusement.

2° La prise à partie est l'unique action civile en réparation que puisse intenter un particulier contre un juge à raison d'actes de ses fonctions, puisque seule elle est entourée des formes protectrices qui la rendent conciliable avec la dignité des magistrats [1]. La doctrine est unanime sur ce point [2], et de nombreux arrêts l'ont affirmé aussi bien pour les magistrats de jugement (Cass., 25 août 1825 ; 13 mars 1850 [3]) que pour les magistrats du ministère public (trib. civ. de Caen, 2 juin 1849 [4]).

Les garanties de la prise à partie sont d'ordre public et s'imposent aux plaideurs, nonobstant toute renonciation ou transaction possible du juge [5].

Toutefois, au cas où le juge serait poursuivi criminellement, on conçoit que la partie lésée puisse à son choix exercer la prise à partie dans les formes du Code de procédure, ou joindre, comme partie civile, une demande en réparation à l'action publique, sans avoir à observer les formes de la prise à partie [6]. Il faut remarquer, en effet, que dans cette

1. Cf. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 65.

2. Voir dans Fuzier-Hermann, *Rép.*, mot « Prise à partie », n° 40, la bibliographie spéciale à ce point.

3. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 65, note 1, et D., 1850, I, 320. Même sens aussi, trib. civ. de Saint-Gaudens, 28 juill. 1840, et Toulouse, 2 mars 1841, dans D., *Rép.*, « Prise à partie », n° 8, note 2.

4. D., 1850, III, 30.

5. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 66.

6. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 67. Cf. conclusions de l'avocat général Bédarrides à la Cour de cassation, 14 juin 1876 (D., 76, I, 303).

dernière hypothèse la procédure exceptionnelle des articles 179 et 183 du Code d'instruction criminelle, qui, d'ailleurs, enlèvent aux particuliers toute initiative dans la poursuite, donne toutes les garanties désirables pour la dignité des magistrats.

SECTION II

Cas de prise à partie

Les cas de prise à partie sont contenus dans l'article 505 du Code de procédure civile, ainsi conçu :

« Les juges peuvent être pris à partie dans les cas suivants :

« 1° S'il y a dol, fraude ou concussion, qu'on prétendrait avoir été commis, soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements ;

« 2° Si la prise à partie est expressément prononcée par la loi ;

« 3° Si la loi déclare les juges responsables, à peine de dommages et intérêts ;

« 4° S'il y a déni de justice. »

Il importe de remarquer tout d'abord qu'en raison du caractère de droit strict de toute cette matière, l'énumération de l'article 505 est *rigoureusement limitative* [1] et qu'on ne saurait valablement se fonder sur des analogies pour intenter une action en responsabilité civile contre un magistrat, hors des cas ci-dessus prévus et qui sont :

1° *Dol, fraude, concussion dans l'instruction ou le jugement.* — Le dol et la fraude consistent en manœuvres illicites et trompeuses, commises de mauvaise foi par le

1. Cass., 18 juill. 1832 (D., *Rép.*, « Prise à partie », n° 11, note 1) ; Toulouse, 24 juill. 1884 (D., 85, II, 250) (S., 86, II, 94) ; Cass., 31 juill. 1850 (D., 1850, I, 318 ; S., 1851, I, 126) ; Cass., req., 24 mai 1842 (D., *Rép.*, « Prise à partie », n° 8, note 2).

magistrat. Dalloz cite comme exemples [1] : le fait d'altérer sciemment la déposition d'un témoin ou la réponse d'une partie, de poser un acte ayant pour but de tromper la religion des autres juges (ce qui constituerait plus proprement, à notre avis, la fraude) et ensuite le fait de commettre sciemment, pour des motifs de faveur, de haine ou d'intérêt personnel, une injustice (ce qui correspondrait, pour nous, plus exactement au dol). A vrai dire, les deux termes : dol et fraude, entre lesquels n'existe guère qu'une différence de nuance, sont employés beaucoup plus comme compléments naturels l'un de l'autre, dans la détermination d'un même fait juridique, que comme expressions de deux situations nettement distinctes. Ce qu'il importe de retenir, c'est que dol ou fraude présupposent chez leur auteur « une intention méchante et préméditée de nuire [2] » et que c'est là une condition *sine qua non* d'ouverture de la prise à partie [3].

Quant à la concussion, c'est, d'après l'article 174 du Code pénal : le fait pour les fonctionnaires d'ordonner la perception, d'exiger ou de recevoir ce qu'ils savaient n'être pas dû ou excéder ce qui était dû pour droits, taxes, contributions, deniers ou revenus, ou pour salaires ou traitements. Ce cas n'a jamais été relevé en fait à l'encontre d'un magistrat [4] et ne s'imagine pas aisément. On pourrait supposer toutefois « qu'un juge commis à une descente sur les lieux et obligé, par l'article 298 du Code de procédure civile, de « faire mention sur la minute de son procès-verbal des jours employés au transport, séjour et retour », en grossisse le nombre pour augmenter à son profit les frais de transport. On pourrait supposer aussi qu'un magistrat,

1. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 9.

2. Toulouse, 24 juill. 1884 (D., 85, II, 250 ; S., 86, II, 94).

3. Cass., 6 juill. 1858 (D., 58, I, 282 ; S., 58, I, 497) ; Besançon, 3 mars 1860 (D., 60, II, 69 ; S , 60, II, 340).

4. Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, t. I, p. 235, § 144.

chargé par le décret du 16 février 1807 (art. 2 et 4) de taxer les frais d'un officier ministériel, lui alloue une somme supérieure à celle qui lui est due et touche le prix de cette complaisance coupable [1]. »

Il est à remarquer enfin que le dol, la fraude, la concussion peuvent se produire, soit pendant l'instruction (altération d'une déposition de témoin, par exemple) ; soit lors du jugement (altération de la minute après le prononcé du jugement, par exemple). Il y a là une innovation du Code de procédure [2] par rapport à l'état de choses établi par les anciennes ordonnances et notamment par celle de 1540, qui exigeaient que les faits délictueux fussent exclusivement commis lors du prononcé du jugement.

2° *Prévisions expresses de la loi.* — Ce second paragraphe vise les textes du Code d'instruction criminelle édictant la prise à partie comme sanction à l'obligation, pour les juges, d'observer certaines formalités par eux prévues. Ces textes sont : l'article 77 emportant l'obligation pour les juges d'instruction d'observer les formes légales dans l'audition des témoins ; l'article 112, d'après lequel les juges d'instruction et procureurs doivent observer les formes légales des mandats de comparution, de dépôt et d'amener ; l'article 164, d'après lequel les juges de paix doivent signer leurs jugements [3] et (art. 370) les cours d'assises leurs arrêts dans les vingt-quatre heures ; l'article 271 enfin, qui interdit aux procureurs généraux de poursuivre en cour d'assises d'autres personnes que celles qui ont été régulièrement mises en accusation [3].

Il est généralement admis que, dans ces hypothèses, la prise à partie est ouverte sans qu'il soit nécessaire de prouver chez le juge l'intention de nuire [4]. « C'est du moins ce qui sem-

1. Déroulède, *loc. cit.*, p. 57.
2. *Archives parlementaires, loc. cit.*, séance du 7 avril 1806.
3. L'art. 164 prononce, en outre, 25 fr. d'amende, et l'art. 271 la nullité.
4. Rousseau et Laisney, *Dictionnaire théorique et pratique de procédure*,

ble clairement résulter de la combinaison du paragraphe 2 de l'article 505 avec le paragraphe qui précède et l'on comprend d'ailleurs qu'ici, pour des motifs d'ordre public et en considération des graves conséquences qui peuvent résulter pour les citoyens de l'omission de ces formules protectrices, le législateur ait voulu en assurer l'exécution par une sanction rigoureuse et rendre responsable, même en dehors de toute présomption de fraude, le magistrat qui en néglige l'accomplissement [1]. »

Cependant, il faudrait se garder de conclure de là que le simple fait de l'infraction matérielle de la loi suffise à rendre recevable une prise à partie. Encore faut-il qu'on puisse :

1° Exciper d'un préjudice causé, du côté du poursuivant. Car, y eût-il même dol du juge, s'il n'y a pas dommage, il n'y a point d'intérêt et, partant, point d'action.

2° Relever, chez le juge, « une négligence ou un tort quelconque excluant le fait de force majeure ».

Il n'y a là qu'une application des principes généraux sur la responsabilité, qu'autorisent en l'espèce les termes conditionnels « s'il y a lieu », employés dans chacun des articles susvisés du Code d'instruction criminelle [2].

3° *Obligations à peine de dommages-intérêts édictées par la loi contre les juges.* — Ces cas peu nombreux sont ceux des articles 15 et 928 du Code de procédure civile qui menacent de tous dommages-intérêts les juges de paix qui auront laissé périmer une instance, en négligeant de statuer définitivement dans les quatre mois du jugement interlocutoire (art. 15), ou qui auront violé les délais d'apposition des scellés (art. 928).

L'article 647 du Code de commerce porte la même peine

mot « Prise à partie », § 2, n° 14. En ce sens, un arrêt de la Cour de cassation antérieur au Code de procédure, du 4 prairial an II (D., *Rép.*, « Prise à partie », n° 21, note 1).

1. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 21.

2. En ce sens, Cass., 30 janv. 1836 (D., *Rép.*, « Prise à partie », n° 22, note 2); Dijon, 20 déc. 1883 (D., 85, II, 50).

contre les cours d'appel qui accorderaient des défenses ou des sursis à l'exécution des jugements des tribunaux de commerce.

Il faut ajouter aussi l'hypothèse du juge qui attenterait à la liberté et aux droits des citoyens dans les termes des articles 114 et 119 du Code pénal, au cas où la victime exercerait, comme l'y autorise l'article 117 du même Code [1], par voie principale, l'action civile en réparation.

Avant la loi du 22 juillet 1867 qui l'abrogea, l'article 2063 du Code civil prévoyait enfin des dommages-intérêts contre tous juges qui auraient prononcé la contrainte par corps, hors les cas déterminés par le Code.

La transgression de ces différents textes exige, pour fonder une action en dommages-intérêts, le réunion des deux conditions que nous avons exposées à propos du paragraphe précédent, à savoir : une lésion causée à la partie ; une faute commise par le juge [2].

Bien entendu, les prévisions des articles précités doivent être strictement interprétées et ne sauraient être étendues, par analogie, à d'autres situations. Ainsi fut jugé, spécialement, pour le cas de l'article 647 du Code de commerce, qu'on ne saurait étendre la sanction qui est portée en cet article, au juge des référés, même dans le cas où il accorderait le sursis, prohibé aux cours d'appel [3].

4° *Déni de justice.* — « Il y a déni de justice, dit l'article 506 du Code de procédure, lorsque les juges refusent de répondre les requêtes, ou négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées » et l'on peut ajouter, avec les articles 4 du Code civil et 185 du Code pénal, « sans qu'ils puissent jamais prétexter du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi. »

1. Chauveau et Glandaz, *Formulaire général et complet de procéd. civ. et comm.* (7e éd., Paris, 1885), n° 441, note 4.
2. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n°s 24 et suiv.
3. Cass., 31 juill. 1850 (D., 50, I, 318 ; S., 51, I, 126).

Cela peut se présenter dans une multitude de circonstances, qui toutes se caractérisent par le fait, pour le juge, de refuser une décision [1] sur une demande quelconque, régulière en la forme [2] ; et, en cela, le Code de procédure élargit d'autant l'ancienne conception du déni de justice qui en limitait l'application au refus de juger les procès en état (Ord. de 1667, t. XXV, art. 1).

Encore faut-il que la demande initiale des plaideurs se rattache à un acte de la compétence normale du juge ; ce qui exclut tout caractère de déni de justice du refus, pour le juge, de statuer sur les contestations, qu'en dehors des prévisions de la loi, les parties consentiraient de leur propre mouvement à lui soumettre. Ainsi il a été jugé par la Cour de cassation, le 11 mars 1807, qu'un tribunal de commerce ne dénie pas la justice en refusant, quoique compétent *ratione materiæ*, de connaître d'une affaire pour laquelle les parties s'accordaient à lever l'incompétence *ratione personæ* [3]. Par exception toutefois, en raison des termes impératifs de l'article 7 du Code de procédure qui l'établit, on admet en général que la prorogation de juridiction des juges de paix oblige ceux-ci à statuer sous les mêmes peines du déni de justice, comme s'il s'agissait d'un jugement rentrant dans leur compétence habituelle [4].

Il ne saurait, d'autre part, y avoir déni de justice de la part du ministère public, car « il jouit d'une indépendance absolue pour donner suite ou non aux plaintes et dénonciations des plaideurs [5] ».

Le déni de justice doit être constaté, selon l'ancienne

1. Il doit s'agir d'un refus ou d'une suspension pour un délai indéterminé. La suspension pour un délai déterminé ne doit pas être considérée comme un déni de justice (Cass., 28 nov. 1855. D., 56, I, 56).

2. Thomine-Desmazures, t. I, p. 700 (*loc. cit.*).

3. Merlin, *Rép.*, mot « Prorogation de justice », III.

4. Rousseau et Laisney, *loc. cit.*, mot « Compétence des tribunaux de paix », n° 765. La question est d'ailleurs controversée.

5. Rousseau et Laisney, *loc. cit.*, mot « Prise à partie », § 2, n° 26. D., *Rép.*, mot « Prise à partie », n° 20.

tradition, par deux réquisitions au moins « faites aux juges en la personne des greffiers et signifiées de trois en trois jours au moins pour les juges de paix et de commerce, et de huitaine en huitaine au moins pour les autres juges : tout huissier requis sera tenu de faire ces réquisitions, à peine d'interdiction » (art. 507 et 508 C. pr.). Cette formalité s'impose dans tous les cas où le déni n'est pas accompagné d'une circonstance établissant le dol du juge et même dans l'hypothèse, prévue à l'article 15 du Code de procédure, de la péremption d'instance par faute du juge de paix [1].

On a discuté sur le point de savoir si les prescriptions relatives au déni de justice étaient applicables en matière pénale. Toullier, notamment, prétendait restreindre l'application des articles 4 du Code civil et 506 du Code de procédure aux seules matières civiles. Demolombe combattit cette théorie en affirmant que l'obligation de statuer était aussi impérieuse pour le juge criminel que pour le juge civil. « Seulement s'il n'y a pas de loi pénale applicable au fait, il renverra l'accusé ou le prévenu ; mais en cela même il statuera, il jugera entre le ministère public et l'accusé [2]. »

Le déni de justice une fois établi, la seule voie de recours offerte aux plaideurs est celle de la prise à partie. Les plaideurs sont obligés d'en user, car l'appel comme de déni de justice d'autrefois a disparu de notre procédure [3].

Il existe aussi l'article 185 du Code pénal qui expose le juge à une amende de 200 à 500 fr. et à une interdiction des fonctions publiques de cinq à vingt ans.

Telles sont les dispositions de la loi sur les conditions d'ouverture de la prise à partie. Bien que leur caractère de droit strict ne permette pas de les étendre *a priori* à d'au-

1. Thomine-Desmazures, *loc. cit.*, t. I, p. 700.
2. Pour cette discussion, cf. Déroulède, *loc. cit.*, p. 54.
3. Merlin, *Rép.*, mot « Déni », IV.

tres circonstances, on s'est demandé parfois, en face de certaines situations équivalentes comme l'erreur du juge, sa faute lourde, sa diffamation, s'il ne convenait pas de dire que le Code accordait implicitement, dans la prise à partie, un moyen d'en poursuivre la réparation civile.

A. *L'erreur.* — L'erreur évidente de fait ou de droit, prévue par les ordonnances, demeurait inobservée dans la pratique, sous l'ancien régime. Dès le début, la nouvelle jurisprudence s'est prononcée dans le sens de cette tradition. Un arrêt de la Cour de cassation du 25 thermidor an XII [1] le décide déjà pour l'erreur de droit et un arrêt de cassation du 23 avril 1823 pour l'erreur de fait [2].

En outre de l'argument qu'on déduit du silence gardé par le Code de brumaire an IV et par l'article 505 du Code de procédure sur ce point, et qu'on oppose aux prescriptions des ordonnances, les considérations par nous déjà présentées au sujet des relations de la prise à partie et de l'appel suffisent à justifier, pour partie, ces décisions. C'est en effet le rôle normal de l'appel de remédier aux erreurs toujours possibles des magistrats, et c'est même toute sa raison d'être. On a établi des juridictions spécialement chargées de redresser les décisions erronées, « et comme il faut bien que le différend s'éteigne en un temps donné, la chose jugée est réputée la vérité lorsque le plaideur les a parcourues [3] ». Il y aurait d'ailleurs quelque sévérité à faire peser sur le magistrat une erreur de jugement qui n'est pas nécessairement une faute. « Le juge, qui par une erreur aurait nui à l'une des parties, dit Labbé [4], n'a pas accompli contre cette partie une action spontanée, volontaire, imprudente, de nature à tomber sous l'article 1382 du Code civil. Il a rempli une fonction,

1. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 14, note 4.
2. Id., *ibid.*, n° 14, note 1.
3. Morizot-Thibault, *Mémoire à l'Académie*, p. 589.
4. Labbé, note sous Cass., 14 juin 1876, dans S., 77, I, 193.

un devoir. » On comprend qu'*à l'époque de la confection du Code de procédure*, un semblable raisonnement ait paru satisfaisant, surtout si l'on se borne à envisager l'hypothèse des erreurs de *jugement* des magistrats. Nous examinerons, plus loin, dans tous ses détails, le point de savoir s'il ne convient pas de modifier cette façon de voir, à l'heure actuelle.

B. *La faute lourde.* — Il n'existe entre l'erreur et la faute que des différences de nuance assez délicates à préciser. L'erreur d'un juge peut assurément avoir sa source dans une faute, mais sa faute ne se traduit pas nécessairement par une erreur, c'est-à-dire par une interprétation falsifiée des lois ou des faits.

La faute consiste dans un acte ou une omission, qui, sans attenter nécessairement ou directement à la saine interprétation des textes ou des faits, n'en constitue pas moins un manquement à certaines obligations légales préexistantes. Par exemple, le juge qui dans sa sentence formule, sans nécessité, des appréciations compromettantes pour la réputation de l'une des parties, ne commet pas d'erreur de droit ni de fait ; pourtant son acte peut éventuellement constituer une faute, et même une faute lourde, au sens général de l'article 1382 du Code civil.

De telles fautes sont-elles suffisantes pour fonder une action en responsabilité pécuniaire contre le magistrat, par assimilation avec le dol ? Les avis se partagent sur la réponse à donner.

En faveur de l'affirmative, on fait valoir que, de droit commun, cette assimilation de la faute lourde au dol est admise, en matière de responsabilité civile, suivant le principe romain : « Magna negligentia culpa est : magna culpa dolus est » (L. 226, *De verbor.... signif.*). Cette thèse fut consacrée par un arrêt du 23 juillet 1806 [1] qui déclara re-

1. S., 1806, I, 448. Carré (*Analyse raisonnée*, t. II, p. 143) fait remarquer que cet arrêt a été rendu en matière criminelle, où la jurisprudence se

cevable la prise à partie contre un directeur de jury, auteur d'un mandat d'arrêt pour un délit inexistant. Ce fut aussi l'avis de plusieurs auteurs, et entre autres de A. Chauveau qui, dans une plaidoirie postérieure, signalait, pour une cause analogue, l'anomalie d'une loi « qui, avec l'article 15 du Code de procédure civile, rend le magistrat responsable en dommages-intérêts du préjudice causé par péremption d'instance causée par sa simple négligence et qui d'autre part couvre de son silence les fautes les plus graves des juges [1]. »

D'un autre côté, on répond, avec Dalloz, Thomine-Desmazures [2] et d'autres arrêts [3], que « s'il est vrai que la maxime *lata culpa dolo æquiparatur* soit applicable en général, dans les cas ordinaires de responsabilité civile, il ne s'ensuit pas qu'elle doive l'être dans une matière où tout est de droit strict et où il ne s'agit pas seulement de réparation pécuniaire et de dommages-intérêts, mais d'une question d'ordre public [4]. » Quant à la loi romaine qu'on invoque, elle s'appliquait à l'égard du magistrat dans des conditions telles qu'elle supposait toujours chez lui une intention dolosive cachée. A l'argument de A. Chauveau on peut objecter enfin que le texte de l'article 15 du Code de procédure, qui ouvre la prise à partie contre le juge de paix « *s'il y a lieu* », entend bien, par là, réserver un plein pouvoir d'appréciation au tribunal supérieur saisi de l'affaire ; ce qui laisse entière la question de savoir si la simple négligence ou la négligence inexcusable est suffisante ou requise pour fonder l'action en réparation.

Par contre, dans la même opinion, on admet sans diffi-

montre plus sévère ; que, de plus, il existait, en l'espèce, des allégations d'inimitié de la part du juge.

1. Cité par Lespinasse, « De la prise à partie », *Revue critique*, 1880, p. 600.
2. Thomine-Desmazures, *loc. cit.*, t. I, p. 307.
3. Cass., 18 juill. 1832 (S., 1832, I, 484); Bordeaux, 31 août 1853 (D., 54, V, 601; S., 54, II, 208).
4. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 11.

culté que la faute lourde ouvre la prise à partie dès qu'elle apparaît « tellement grossière qu'on ne puisse supposer qu'un juge impartial y soit tombé autrement que par prévention [1]. » Il y a là une question de fait, livrée sans restriction à l'arbitre des magistrats compétents et pour l'admission de laquelle la jurisprudence se montre d'autant plus sévère que « dans le doute la balance penchera pour la justification du juge [2]. »

Ainsi, le fait de qualifier par inadvertance de contradictoire un jugement par défaut ne constitue qu'une simple négligence n'emportant pas prise à partie (Bordeaux, 31 août 1853 précité) ; de même le fait d'avoir donné deux fois lecture à l'audience d'un document confidentiel ne constitue qu'une faute légère (Pau, 10 décembre 1891) [3].

A l'inverse, il y a faute dolosive de la part du juge de paix qui, nonobstant plusieurs récusations et des conclusions prises devant lui à fin de sursis jusqu'au jugement de récusation, prononce, sans statuer sur le sursis, des condamnations définitives contre le récusant (Amiens, 23 mars 1825) [4].

C. *Les imputations diffamatoires.* — Le fait pour un juge de formuler des appréciations diffamatoires dans l'exercice de ses fonctions et relativement à un acte de ses fonctions : jugement, interrogatoire, etc., constitue, soit un délit, soit une faute. Si c'est un délit caractérisé [5], il y a intention de nuire, il y a dol, donc possibilité d'intenter la prise à partie, par voie principale, en application du paragraphe 1er de l'article 505 du Code de procédure ou de se porter partie civile accessoirement à l'action publique.

1. Carré, *Traité des lois de l'organisation judiciaire*, t. II, p. 307.

2. Thomine-Desmazures, *loc. cit.*, t. I, p. 754.

3. S., 91, II, 35. *A fortiori*, le simple fait dommageable, en l'absence de toute faute du juge, ne saurait donner lieu à prise à partie. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 14.

4. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 12.

5. Il n'y a délit qu'autant que l'imputation porte sur des faits étrangers à la cause et inutiles à sa solution (cf. D., *Rép.*, « Prise à partie », n° 16).

Si c'est une faute au contraire, la question est plus délicate. Le particulier lésé peut avoir, dans ce cas, d'autant plus d'intérêt à exercer la prise à partie que c'est pour lui le seul moyen possible de venger une offense dont la gravité se mesure au caractère et à la dignité de celui qui l'a faite. Or la loi le laisse, en face d'une telle lésion, totalement désarmé.

L'article 1382 du Code civil est inapplicable ici, puisqu'il s'agit par hypothèse d'un acte de la fonction du juge. L'appel est inapplicable aussi dans l'hypothèse où la diffamation se rencontre dans les motifs du jugement, car il n'y a point d'appel des motifs, mais du dispositif seul [1].

Reste donc la prise à partie. Est-elle admissible dans ce cas ? Il nous semble que la meilleure façon d'élucider ce point, c'est de le considérer à la lumière d'une espèce célèbre : l'affaire du comte de Forbin-Janson contre la cour de Paris.

Le 9 août 1823, la cour de Paris annulait, sur la demande de M. de Forbin-Janson, un marché à terme de 150,000 fr. de rente sur l'État passé avec le banquier Perdonnet. Son arrêt contenait, entre autres motifs, le suivant : « Considérant que la mauvaise foi du comte de Forbin-Janson qui, après avoir touché, en décembre, les bénéfices provenus de ses spéculations illicites, refuse de rembourser les pertes résultant, en janvier, de la continuation des mêmes opérations, ne peut motiver, en faveur de Perdonnet, une action que la loi lui dénie. »

M. de Forbin déféra ce motif à la Cour de cassation comme attentatoire à son honneur et contenant un excès de pouvoir de la cour royale, puisque, de l'aveu même de l'arrêt, cette appréciation était indifférente à la solution du litige. Son pourvoi fut rejeté par arrêt du 29 janvier 1824, attendu qu'on ne pouvait appeler des motifs d'un jugement,

1. Sur ce point, cf. Dalloz, *Rép.*, mot « Cassation », nos 68 et 69.

et l'appelant fut renvoyé à se pourvoir « contre le juge et non contre le jugement, par les voies ordinaires et non par la voie de cassation. »

M. de Forbin-Janson estima que cette voie ordinaire, dont il devait user, était la prise à partie. En conséquence, il introduisit près de la chambre des requêtes une demande à cette fin contre la première et la troisième chambre de la cour de Paris. Il essuya un second rejet pour cette raison que même au cas où la diffamation serait établie, elle serait couverte par l'exception de l'ancien article 367 du Code pénal, écartant le délit de la divulgation de faits que l'auteur de l'imputation était, « par la nature de ses fonctions et devoirs, obligé de révéler et réprimer », exception maintenue par l'article 23 de la loi du 17 mai 1819 sur la presse pour tous les discours et écrits produits devant les tribunaux et non étrangers à la cause.

Sur la question de fait, on pourrait discuter, car il s'agirait de savoir si l'imputation diffamatoire concourait vraiment à la justification d'une sentence conforme, par ailleurs, aux conclusions du plaideur qu'on taxe de mauvaise foi ; en tout cas, cette décision est critiquable en droit. Et, comme l'arrêt de rejet se fonde sur l'article 23 de la loi du 17 mai 1819, reproduit presque intégralement par l'article 41 de la loi actuelle de 1881 sur la presse, la discussion de ce second point de vue garde, aujourd'hui encore, tout son intérêt.

L'argumentation de la chambre des requêtes se résume ainsi : y eût-il diffamation du juge, elle est couverte en toute occurrence par le principe : *juris executio non habet injuriam* (L. 13, § 1, *De inj. et fam. lib.*), que consacrait l'ancien article 367 du Code pénal et que maintient la loi du 17 mai 1819, article 23. Toute la question consiste donc à savoir la portée exacte de l'article 23 de la loi du 17 mai 1819.

Le passage visé est ainsi conçu : « Ne donneront lieu à

aucune action en diffamation ou injure les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux. » Nous ne voyons pas qu'il soit permis de déduire de là une immunité pour d'autres personnes que celles qui, étrangères au corps de la magistrature [1], concourent pourtant à l'instruction et aux débats des procès devant les tribunaux : avocats, avoués, témoins, etc.... La loi ne dit pas que sont couverts tous discours et écrits émanant du tribunal, mais seulement ceux prononcés ou produits devant le tribunal, ce qui est bien différent. D'ailleurs, les mesures éventuelles de réparation : suppression des écrits injurieux ou diffamatoires, condamnation à des dommages-intérêts, injonction aux avocats, aux officiers ministériels, avec suspension temporaire de leurs fonctions, que, dans le même article 23, la loi laisse à la discrétion des juges, prouvent bien qu'elle n'a pas envisagé l'hypothèse d'une diffamation des juges eux-mêmes. Les travaux préparatoires de la loi de 1819 [2], loin d'autoriser semblable interprétation, montrent que le législateur s'est uniquement proposé d'unifier la compétence pour l'injure et la diffamation et d'étendre, dans l'article 23, aux discours et écrits des tiers la protection que l'ancien article 377 du Code pénal n'accordait qu'aux plaidoyers et écrits relatifs à la défense des parties. Quant à l'article 367 du Code pénal, il fut abrogé purement et simplement par l'article 26 de la loi de 1819.

C'est d'ailleurs vers cette opinion qu'inclinent plusieurs auteurs d'ouvrages spéciaux sur cette matière ; ils estiment que si l'impunité du juge doit être acceptée, ce n'est point en vertu de ces textes, mais du principe d'ordre public : « is qui jure publico utitur, non videtur injuriæ faciendæ

1. M. de Grattier (*Commentaire sur les lois de la presse*, Paris, 1839, t. I p. 235, IX), d'accord en cela avec la jurisprudence postérieure, enseigne, en effet, que les procès-verbaux ou autres actes d'instruction des officiers de police judiciaire ne rentrent pas dans la protection de la loi et pourraient, sans que cela fasse difficulté, donner lieu, le cas échéant, à la prise à partie.

2. Voir rapport Courvoisier, *Moniteur* du 11 avril 1819.

causa hoc facere : juris enim executio non habet injuriam [1] » (L. 13, D., § 1, *De inj. et fam. lib.*).

En tout cas, de cette discussion résulte qu'en l'état actuel des choses, l'article 41 de la loi de 1881, qui reproduit l'article 23 de la loi de 1817, serait insuffisant à fonder l'irresponsabilité des juges pour faits diffamatoires commis par eux dans l'exercice de leurs fonctions et relativement à un acte donné de leurs fonctions.

Que si nous envisageons la seconde hypothèse où, dans l'exercice de ses fonctions, le juge commet une imputation déshonorante qu'aucune nécessité ni utilité professionnelles ne puissent couvrir, nous voyons l'opinion généralement admise que la prise à partie peut s'exercer.

En pareil cas, de telles imputations deviennent inexcusables et font présumer le dol. L'appréciation du fait de savoir si les imputations sont étrangères ou non à la justification de la sentence, à l'instruction du procès ou à la confection de l'acte judiciaire peut, d'ailleurs, être parfois fort délicate.

Un arrêt a admis la prise à partie contre un tribunal de première instance qui, procédant à l'installation d'un nouveau magistrat, s'est permis de consigner dans son procès-verbal d'installation des expressions injurieuses pour ce dernier (Cass., 21 ventôse an II [2]).

SECTION III

Domaine d'application de la prise à partie

Il est difficile de formuler un critérium général. Le Code de procédure, dans l'article 505, décide que « les juges peuvent être pris à partie » ; dans l'article 509, où il expose

1. Dans ce sens, cf. Chassan, *Délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, p. 97 et suiv. ; de Grattier, *loc. cit.*

2. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 19, note 2

les règles de compétence applicables aux différentes juridictions en cette matière, il parle entre autres : des juges de paix, des tribunaux de commerce et de première instance, ou quelqu'un de leurs membres, et des cours d'assises; des cours d'appel ou l'une de leurs sections.

En fait, l'on s'accorde [1] pour attribuer à l'article 505 une portée générale embrassant l'ensemble des fonctionnaires qui administrent la justice ou concourent à son administration comme les magistrats du ministère public ; et, par conséquence, on admet que les énonciations de l'article 509 n'ont aucun caractère limitatif. D'autre part, la jurisprudence se montre fort disposée à étendre le plus largement possible à toute la catégorie des auxiliaires du pouvoir judiciaire, des officiers de police judiciaire, le privilège que la loi semblait beaucoup plus vraisemblablement réserver aux seuls juges.

§ 1er. — *Les magistrats de jugement*

Aux termes de l'article 509 du Code de procédure, nous l'avons vu, la prise à partie peut s'exercer contre les juges de paix, les tribunaux de commerce ou de première instance ; les cours d'assises et les cours d'appel ; que l'action soit dirigée contre ces juridictions prises dans leur ensemble ou contre un de leurs membres séparément.

La prise à partie peut, en effet, être dirigée contre un *tribunal* entier, et c'est même la seule façon de procéder au cas où elle est fondée sur un jugement [2]. Cette pratique, déjà en vigueur sous l'ancien régime, se justifie aisément, car on ne saurait faire peser sur un seul juge, pris au hasard, le poids d'une décision émanée de la majorité de ses confrères et que, précisément, peut-être, il avait combattue.

1. Fuzier-Hermann, *Rép.*, n° 45. Poncet, *Traité des actions*, t II, p. 592 ; Merlin, *Rép.*, « Prise à partie », III ; Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n°s 29 et 35 ; Rousseau-Laisney, n° 35.

2. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 39.

Vu le principe de droit public du secret des délibérations en effet [1], les opinions individuelles doivent demeurer impénétrables. « Toute décision étant réputée l'œuvre du tribunal entier qui l'a rendue [2] », il est donc très conforme à la justice de rendre les magistrats solidairement responsables de l'œuvre commune.

Toutefois, il faut remarquer que cette indivisibilité de l'action ne s'impose point si strictement qu'elle ne soit recevable contre une fraction du tribunal au cas où, pour une cause quelconque, elle serait paralysée à l'égard d'un ou plusieurs juges [3].

D'ailleurs, en fait, le tribunal supérieur qui statue sur la prise à partie se montrera très sévère à l'admettre, car elle devrait, pour être « rigoureusement juste », se baser sur un jugement « passé à l'unanimité, unanimité impossible à prouver et jamais présumable en matière de prévarication » (Ch. civ., 16 mess. an III [4]).

Les *avocats et avoués pris comme suppléants des juges* pour compléter le tribunal, à défaut de juges titulaires ou suppléants, peuvent être pris à partie au même titre que ces derniers. Juges accidentels sans doute, ils ne sont pas moins investis, « pour la cause à la décision de laquelle ils prennent part, du même pouvoir que les autres juges, et leur prévarication devant entraîner les mêmes conséquences, les justiciables ne sauraient être privés d'une voie de recours qu'ils trouvent dans la loi, par cela seul que l'autorité dont ils prétendent qu'il a été fait abus n'aurait été que momentanée dans son exercice [5]. » Cela était admis déjà sous l'ancien régime.

1. Bioche, *Dictionnaire de procédure civile*, mot « Prise à partie ». En ce sens : Aix, 11 août 1875 (D., 76, II, 134).

2. Ce principe est affirmé notamment dans un arrêt de Cass , 24 févr. 1837 (S., 37, I, 548). D'autres arrêts nous en montrent l'application : Cass., 28 mai 1847 (S., 47, I, 547; D , 47, I, 165); Cass., 18 août 1831 (S., 31, I, 32).

3. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 10, note 1.

4. Id., *ibid.*, n° 16.

5. Id., *ibid.*, n° 30.

S'agissant de *la Cour de cassation*, dans le silence de la loi, quelques auteurs affirment qu'un membre ou une chambre de cette Cour — sinon cette Cour entière à défaut de tribunal supérieur pour connaître de l'affaire [1] — pourraient être pris à partie, « car il n'est pas admissible que les membres de la Cour suprême soient irresponsables dans les cas prévus par l'article 505 du Code pénal [2]. » On a d'ailleurs à l'appui de cette affirmation l'article 10 du sénatus-consulte du 18 mai 1804, qui réservait à la Haute Cour la connaissance des forfaitures et prises à partie, « encourues.... par des membres de la Cour de cassation », au même titre que celles encourues par les cours d'appel ou d'assises, dont la connaissance a été reportée ultérieurement à la Cour de cassation.

La jurisprudence a rejeté pourtant une demande en prise à partie contre une chambre de la Cour de cassation (Ch. crim. cass., 8 décembre 1904 [3]).

Le rôle des *greffiers* est absolument distinct de la fonction du juge, et par conséquent rien n'autorise à les faire rentrer dans les prévisions des articles 505 et 509 du Code de procédure [4]. Auxiliaires passifs du magistrat, ils ne sauraient notamment être pris à partie à raison de la rédaction qu'ils auraient faite d'une décision dolosive du juge (Cass., 13 mars 1850 [5]).

La loi cependant fait exception dans deux cas, rapportés aux articles 164 et 370 du Code d'instruction criminelle, qui obligent les greffiers des justices de paix et des cours d'appel à signer, dans les vingt-quatre heures, les jugements de simple police et les arrêts d'assises, à peine de partager, avec les juges, la sanction de la prise à partie.

1. Bioche, *Dic.*, précité, n° 35, § 3.
2. Fuzier-Hermann, *Rép.*, « Prise à partie », n°s 59 et suiv. ; Dalloz, *Rép.*, ibid., n° 36.
3. D., 09, I, 464.
4. Thomine-Desmazures, *loc. cit.*, t. I, p. 756.
5 D., 50, I, 320.

Ces deux exceptions, de droit strict, ne pourraient d'ailleurs être étendues par analogie [1].

La loi, qui soumet les *juges* à la prise à partie sans faire de distinction, entend-elle englober dans ses prévisions les *juges administratifs?* La nature des choses, à défaut d'un texte formel, nous oblige à répondre négativement.

Il y a incompatibilité, en effet, entre les règles de procédure spéciales de la prise à partie et les règles qui président à la compétence des juridictions administratives. D'après l'article 509 du Code de procédure, la prise à partie ne peut être portée que devant un tribunal supérieur à celui qui est intimé. Or ce tribunal supérieur qui, pour respecter le principe de la séparation des pouvoirs, se trouverait être généralement, en matière administrative, le Conseil d'État, est, dans l'opinion commune [2], manifestement incompétent pour statuer sur une telle demande en responsabilité civile. La seule voie de recours, dans ces conditions, qui soit à la disposition des particuliers est l'action civile exercée, selon le droit commun, pour faute personnelle du juge administratif, réserve faite pour la compétence de la position qu'on prend dans la discussion relative à la portée du décret du 19 septembre 1870 [3].

Pour des raisons analogues, de fait, on déniait la prise à partie à l'encontre des *tribunaux militaires* et des *jurés* [4]. Mais à l'égard des conseils de guerre, il importe de re-

1. Il y avait dans les anciennes ordonnances de nombreux cas de dommages-intérêts contre les greffiers, à raison d'actes de leurs fonctions, que nous nous sommes abstenu de rapporter, parce que cela ne rentre pas directement dans l'objet de notre étude. Les projets de réforme du Code de procédure de 1862-1868 (Dalloz, *Rép. suppl.*, « Prise à partie »), et le projet Sarrien, du 25 oct. 1898, faisaient rentrer les greffiers dans l'énumération des personnes qui devaient être prises à partie.

2. Cf. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif* (5e édit., Paris, 1908), p. 909; Rousseau et Laisney, *loc. cit.*, n° 40; Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 41.

3. Berthélemy, *loc. cit.*, p. 65.

4. Rousseau et Laisney, *loc. cit.*, n° 41; Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 43; Fuzier-Hermann, *ibid.*, n° 85.

marquer que depuis la loi du 17 avril 1906 (art. 44), ceux-ci se trouvant subordonnés, non plus au contrôle d'un conseil de revision spécial, mais au contrôle de la Cour de cassation, et l'incompatibilité de compétences se trouvant de ce fait levée, il n'existe plus de bonne raison de refuser, en droit, aux justiciables des tribunaux militaires, une action qu'on accorde à ceux de juridictions tout aussi exceptionnelles, comme les prud'hommes par exemple.

L'article 32 de la loi du 18 mars 1806, qui rétablissait l'ancien conseil des *prud'hommes* de Lyon et qui posait le principe de l'établissement officiel de cette juridiction en France, décidait qu' « en cas de plaintes en prévaricature portées contre les membres du conseil des prud'hommes, il sera procédé contre eux suivant la forme établie à l'égard des juges. » On déduit de là que, quoique non compris dans la désignation du Code de procédure, ils peuvent être pris à partie.

Le cas s'est présenté à propos d'une variété de prud'-hommes : les prud'hommes pêcheurs de la Méditerranée, juridiction fort ancienne (xv[e] siècle), confirmée par les lois révolutionnaires (9-12 oct. 1790 ; 16-20 avril 1791) et ayant compétence pour tout ce qui concerne la police de la pêche.

Leur procédure, qui présente cette particularité d'être instruite non par écrit mais oralement, interdisait par là tout recours en cassation (Cass., 13 juill. 1847 [1]). Il y a donc intérêt à se demander s'ils sont poursuivables par voie de prise à partie.

Tout d'abord la Cour de cassation ne vit en eux qu'une juridiction disciplinaire pour laquelle étaient inapplicables les règles de la prise à partie. Un arrêt de Montpellier du 17 mars 1846 [2], en sens contraire, les assimila de tous points à des juges, notamment pour les formes de la pour-

1. S., 1848, I, 400.
2. D., 1847, II, 79.

suite criminelle selon les articles 479 et 483 du Code d'instruction criminelle. D'autre part, un arrêt de la Cour de cassation du 19 juin 1847 [1] et un jugement du tribunal de Montpellier du 16 août 1855, confirmé par la Cour le 13 avril 1856 [2], tout en leur refusant la protection spéciale des articles 479 et 483 du Code d'instruction criminelle, affirment le caractère judiciaire de leurs décisions et déclarent recevable contre eux la prise à partie [3].

La question de la prise à partie des *arbitres* est controversée. Il existait, avant la loi du 17 juillet 1856, deux sortes d'arbitres : les arbitres forcés, dont la nomination était prescrite par les anciens articles 51 et suivants du Code de commerce, pour la solution de toutes les contestations entre associés pour raisons de société ; les arbitres volontaires, institués librement, par compromis entre les parties, pour régler les points litigieux qui les divisent, selon les formes du livre III du Code de procédure. Or, on discuta longuement jusqu'à cette époque de la loi de 1856 pour savoir s'il convenait d'étendre le bénéfice de la prise à partie à ces deux catégories d'arbitres ou à l'une ou l'autre d'elles seulement ; ou s'il convenait de le leur refuser à toutes les deux.

Dans une opinion généralement suivie, on proposait de distinguer. Les arbitres forcés, bien que nommés par les parties, n'en constituaient pas moins, pour la cause à eux déférée, un véritable tribunal temporaire qui tirait son pouvoir, non pas tant de la volonté des parties que de l'autorité de la loi. Pour ce motif, à raison du caractère d'ordre public qu'on leur attribuait, les arbitres pouvaient être pris à partie (Cass., 13 fruct. an VIII [4], et Cass., 7 mai 1817 [5]).

1. D., 1847, I, 214.
2. S., 1856, II, 525.
3. Le projet Sarrien, de 1898 (art. 3), a adopté cette façon de voir pour ce qui est de la prise à partie des prud'hommes.
4. Dalloz, *Rép.*, mot « Arbitrage », n° 958, note 1.
5. S., 1817, I, 248.

Quant aux arbitres volontaires, la seule autorité dont ils puissent se prévaloir, disait-on, c'est celle d'un contrat privé, du compromis passé entre les parties, dont ils ne sont en définitive que les simples mandataires. La conséquence est que leur responsabilité se trouve sanctionnée aux termes du droit commun pur et simple, car le choix des parties n'a pu attacher à leur ministère ce caractère public que la prise à partie a pour but de défendre et de protéger [1].

Une autre opinion, qui ne présente plus qu'un intérêt rétrospectif et qui fut condamnée d'ailleurs par la jurisprudence de la Cour de cassation, était celle de Dupin [2], qui refusait à tous les arbitres volontaires ou forcés le bénéfice de la prise à partie. « Volontaire ou non, disait cet auteur, c'est toujours le vœu, le choix, le mandat de la partie, au même titre dans les deux cas, le titre privé qui confère (à l'arbitre) le droit et le pouvoir de juger. » Et il le montrait en invoquant l'absence d'une nomination et d'une institution officielle des arbitres par les organes de la puissance publique, comme il est requis pour les magistrats véritables. D'où il concluait au rejet de la prise à partie.

Cette discussion fut tranchée, pour ce qui concerne les arbitres forcés, par la loi du 17 juillet 1856 qui les abolissait.

Quant aux arbitres volontaires, on continue d'admettre comme précédemment qu'ils ne peuvent valablement être pris à partie [3].

1. Thomine-Desmazures, *loc. cit.*, t. I, p. 756; Poncet, *Traité des jugements*, t. II, n° 593; Dalloz, *Rép.*, mot « Arbitrage », n° 958. Cependant, il y eut en sens contraire un arrêt de la Cour de cassation, du 12 février 1850, confirmatif de la cour de Rouen (14 juin 1848), qui accordait le bénéfice de la prise à partie à un architecte choisi comme arbitre entre son propriétaire et son entrepreneur; et cela, même à raison de la mauvaise exécution de travaux dont l'arbitre-architecte avait la surveillance; car cette surveillance était une conséquence nécessaire de sa mission d'arbitre (D., 1850, I, 311).

2. Le procureur général Dupin, dans son réquisitoire pour l'affaire Parquin contre Salomon (15 mai 1838). Dalloz, *Rép.*, « Arbitrage », n° 959, note 1.

3. Fuzier-Hermann, *Rép.*, mot « Arbitrage », n° 1175.

§ 2. — *Les magistrats du ministère public*

Il est admis que les magistrats du ministère public peuvent être pris à partie [1]. Sans doute le Code de procédure est muet à leur sujet dans la théorie qu'il édifie de la prise à partie ; mais la jurisprudence a suppléé à ce silence par une argumentation d'analogie très forte.

Si, dit-elle, le Code de procédure laisse en dehors de ses prévisions la poursuite civile des magistrats du ministère public, le Code d'instruction criminelle, lui, la prononce nommément contre les procureurs généraux aux termes de son article 271 et contre les procureurs de la République aux termes de son article 112. Rien ne permet d'affirmer, de plus, que, dans la désignation qu'il fait des tribunaux de première instance, des cours d'appel ou d'assises, l'article 509 n'entend pas embrasser par un terme général l'ensemble des magistrats qui constituent la juridiction et, par conséquent, les membres du parquet qui en font partie intégrante.

Les articles 479 et 481 du Code d'instruction criminelle, d'un autre côté, assimilent, quant à la procédure criminelle, les magistrats du parquet aux juges ; on ne voit pas, dès lors, ce qui empêcherait d'étendre cette assimilation en matière civile, où le danger des poursuites téméraires n'est pas moins redoutable [2].

1. On avait prétendu, sous le régime de l'art. 75 de la constitution de frimaire an VIII, que l'autorisation préalable du conseil d'État, prescrite par cet article pour la poursuite de tout fonctionnaire, à raison d'un acte de ses fonctions, s'appliquait aux membres du ministère public. Mais une décision du conseil d'État, du 17 mars 1812, semble avoir mis fin, dans le sens de la négative, à cette controverse qui ne présente plus qu'un intérêt historique. Cf. Dalloz, *Rép.*, mot « Prise à partie », n° 33 ; Merlin, *ibid.*, III.

2. Cf. les conclusions de l'avocat général Bédarrides, pour Cass., 14 juin 1876 (D., 76, I, 303). Le même invoquait, en outre, pour fonder la prise à partie du ministère public et des officiers de police judiciaire, la teneur de l'art. 358, § 4, du Code d'instruction criminelle, qui couvre de l'irresponsabilité, vis-à-vis de l'acquitté, les autorités constituées « à raison des avis qu'ils sont

En conséquence, la jurisprudence consacre l'obligation, pour le particulier lésé, d'user de la voie de la prise à partie dans toute poursuite civile d'un officier du ministère public, pour un fait de ses fonctions [1].

Ainsi fut jugé notamment qu'un maire, à raison d'un acte qu'il a accompli lors de l'exereice de ses fonctions de ministère public près un tribunal de simple police, ne pouvait être poursuivi que par ce moyen [2].

Ce système, que préconisait le projet de réforme de 1862-1868 et le projet Sarrien de 1898 (art. 1er), a rallié la majorité des auteurs [3] qui n'y voient rien que de très conforme à l'esprit de la loi et à l'équité.

Il est conforme à l'esprit de la loi, d'abord, car « la prise à partie repose sur ce principe que toutes les personnes qui concourent à l'œuvre de la justice doivent être soustraites aux manifestations souvent injustes des plaideurs ou des accusés, et qu'il importe de n'autoriser des poursuites contre elles que quand elles ont manqué à la prudence que l'État est en droit d'exiger d'elles. Or, comme les membres du ministère public concourent à l'œuvre de la justice, la loi a dû nécessairement les placer dans la même situation que les juges proprement dits [4]. »

Il est conforme à l'équité ensuite, réserve faite, selon la théorie de Labbé [5], de toute distinction à établir, sur les

tenus de donner, concernant les délits dont ils ont cru acquérir la connaissance, dans l'exercice de leurs fonctions, et sauf contre eux, s'il y a lieu, la demande en prise à partie. » Mais ce texte a-t-il une portée générale et autorise-t-il la prise à partie contre ces autorités sans distinction, toutes les fois qu'il échet, ou la réserve-t-il seulement contre les juges et officiers déterminés par le Code de procédure et le Code d'instruction criminelle? La question reste entière sur ce point.

1. Trib. civ. Caen, 12 juin 1849 (D., 1860, III, 30).

2. Id.

3. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 31. Carré et Chauveau (*Lois de la procéd. civ. et comm.*), question 1800, Rouss.-Laisney, n° 35. Poncet, *loc. cit.*, t. II, p. 836. Rodière, *Cours de proc. civ.*, t. II, p. 141.

4. Mourlon et Naquet, *Répétitions écrites sur le Code de proc. civ.*, p. 796.

6. Labbé, note sous Cass., 14 juin 1876 (S., 77, I, 193).

limites de leur responsabilité respective, entre le juge proprement dit et le magistrat du parquet. Le premier domine toujours le débat et les parties en effet ; le second est partie au procès et, naturellement, l'adversaire de ceux qu'il poursuit. Dès lors, si l'on conçoit que la loi autorise la poursuite civile du juge qui fait le procès sien, l'on n'eût pas admis qu'elle l'autorisât, au même titre, à l'égard du ministère public, car, lui, fait toujours le procès sien, non pas en son nom personnel assurément, mais au nom de la société dont il est le mandataire. Il résulte de cette distinction que, tant que le ministère public restera dans les limites du mandat qu'il a reçu, commît-il même une erreur ou un excès de zèle dans l'exercice de sa mission, il n'y a pas de recours contre lui [1]. Au cas contraire où il substituera, au mandataire qui remplit une fonction, un ennemi personnel, satisfaisant, sous le couvert de son mandat, une animosité individuelle, l'État l'abandonne à la juste poursuite de sa victime. Dans cette dernière hypothèse, ce sera l'État lui-même qui cédera à la partie lésée l'action qu'il possède, en vertu de son mandat, contre le magistrat mandataire qui a failli.

§ 3. — *Les officiers de police judiciaire*

L'extension de la prise à partie aux officiers de police judiciaire, prévus à l'article 9 du Code d'instruction criminelle, n'est pas allée sans soulever de graves controverses.

En faveur de l'extension, on a prétendu d'abord que le mot *juge*, employé par l'article 505 du Code de procédure, avait un sens générique embrassant tous les magistrats qui concourent, à un degré quelconque, à l'œuvre de justice, dans l'instruction des procès ou lors des jugements ;

1. Cf. Fuz.-Herm., mot « Ministère public », n° 327.

qu'en effet, cet article pose la règle que la prise à partie doit être exercée s'il y a dol commis, *soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements* [1]. Cette règle, ne faisant pas de réserve et s'appliquant, sans distinction, à l'instruction des procès civils et criminels, on fut amené à l'étendre, nous l'avons vu, aux magistrats du ministère public. Or, il n'y a « aucune raison de distinguer entre les officiers de police judiciaire énumérés dans l'article 9 du Code d'instruction criminelle et les magistrats du ministère public, puisque les uns et les autres participent au mouvement de l'action publique et ont une mission qui tend à la répression des infractions à la loi pénale [2]. » Les uns et les autres ont les mêmes devoirs, les uns et les autres ont besoin de la même protection contre le ressentiment des délinquants, dont ils doivent assurer le châtiment. Bien mieux : « Nous irons plus loin, écrit Labbé [3], si la règle de protection ne devait pas être la même, si la balance devait pencher en un sens, nous dirons que l'irresponsabilité devrait être plus large ou, du moins, plus fermement maintenue au profit des agents inférieurs de la hiérarchie judiciaire. L'État doit attendre et exiger moins de tact et de discernement de ceux qui, par leur condition sociale et leur éducation, lui offrent plus de loyauté que d'intelligence, plus d'énergie et de dévouement que de souplesse d'esprit et de sagacité. » Et Labbé répète encore, à leur sujet, que l'agent n'est responsable qu'envers le gouvernement qui l'emploie ; qu'en conséquence, le particulier lésé n'est autorisé à agir directement contre lui qu'en vertu d'une cession gracieuse, consentie par l'État, de l'action que celui-ci possède contre son fonctionnaire, à raison de la mauvaise exécution de son mandat.

1. Dalloz, *Rép. supp.*, « Prise à partie », n° 28; Conclusions de l'avocat général Bédarrides, pour Cass., 14 juin 1876 (S., 77, I, 193).
2. Mourlon-Naquet, *loc. cit.*, p. 797.
3. Labbé, note sous Cass., 14 juin 1876 (S., 77, I, 193).

En sens contraire, on a protesté « que ce serait faire violence au sens naturel du mot « juge », que d'attribuer la qualité de magistrat aux gardes forestiers, aux gardes champêtres et même aux maires, toutes les fois qu'ils font des actes de police judiciaire [1] ». Dans le même ordre d'idées, l'avocat général Reverchon, dans les conclusions données pour le procès Labadie et adoptées par l'arrêt [2], affirmait qu'alors même qu'il y aurait entière identité entre les officiers de police judiciaire d'une part, les juges et le ministère public de l'autre part, cette identité « n'autoriserait pas le juge à mettre sa sagesse à la place et au-dessus de celle du législateur ».

C'est à ce second système que nous nous rallions, parce que, malgré les arguments assez spécieux du précédent, c'est le seul, croyons-nous, qui soit conforme au véritable esprit du législateur.

Si nous voulons aller au fond des choses, en effet, nous devons reconnaître que les auteurs du Code de procédure n'eurent qu'un but : protéger les juges ; et le mot juge, à notre sens, désignait implicitement pour eux, avec les magistrats de jugement, les magistrats de poursuite qui, sous l'ancien régime, leur avaient été assimilés pour la poursuite civile. Ce qui prouve bien que cette assimilation était dans l'intention des auteurs du Code de procédure, c'est qu'à deux ans d'intervalle, les auteurs du Code d'instruction criminelle, mieux que tous autres placés pour connaître les desseins du législateur de 1806, croyaient pouvoir, sans y contredire en rien, édicter la prise à partie contre les procureurs généraux et les procureurs impériaux (art. 271 et 112). Mais, partir de là pour dire que tous ceux qui concourent, à un degré quelconque, à l'administration de la justice, et notamment les officiers de police judiciaire, doivent également bénéficier de la prise

1. Tribunal civil de Toulon, 21 janv. 1875 (D , 76, III, 63).
2. Cass., 8 févr. 1876 (S , 76, I, 193).

à partie, nous paraît chose inadmissible. Il y a entre les officiers de police judiciaire et les juges une différence qui n'existe point entre les magistrats du parquet et ceux-ci et que nous fait apparaître lumineusement l'article 8 du Code d'instruction criminelle : « La police judiciaire, dit cet article, recherche les crimes, les délits et contraventions, en rassemble les preuves *et en livre les auteurs aux tribunaux chargés de les punir.* » S'assurer de la personne des délinquants et rassembler les éléments matériels des délits : telle est l'œuvre des officiers de police judiciaire ; punir, c'est-à-dire provoquer l'application ou appliquer directement la loi pour chaque cas particulier : telle est l'œuvre du tribunal, au sens général du mot, qui embrasse à la fois les magistrats du parquet et les magistrats de jugement. De la sorte, on l'aperçoit, si les fonctions des officiers de police judiciaire sont nettement distinctes de celles des juges et leur sont subordonnées, celles du ministère public et des juges apparaissent sur un pied d'égalité, avec une mission commune d'assurer l'exécution des sanctions légales [1].

Dira-t-on dès lors qu'il puisse être dans la volonté de la loi que les officiers de police judiciaire jouissent des mêmes garanties que les autres magistrats ? Nous ne le pensons pas. Si l'hypothèse avait été présente à son esprit, le légis-

1. Nous savons qu'on peut objecter que les juges d'instruction et les membres du parquet sont aussi officiers de police judiciaire, et qu'à raison des actes accomplis comme tels, ils doivent, aux termes mêmes de la loi, être pris à partie (art. 112 C. instr. crim.).

A cela nous répondons que les fonctions d'officier de police judiciaire ne constituent qu'une portion, et non la principale, de leurs attributions ; que le juge d'instruction par ses ordonnances, et le ministère public par ses réquisitions, participent habituellement à l'œuvre même de la décision judiciaire et occupent un rang de dignité égal à celui des magistrats près desquels ils exercent ; qu'il n'y a pas lieu de s'étonner, en conséquence, que la loi n'ait pas distingué dans leur personnalité ce qui est de l'officier de police judiciaire ou ce qui est du juge, laissant subsister pour le premier le droit commun, et faisant application pour le second de la prise à partie, mais que, soucieuse de sauvegarder leur dignité, elle leur ait, dans tous les cas, accordé la protection de la prise à partie.

lateur du Code n'aurait pas consacré, sans doute, ces solutions de la jurisprudence qui aboutissent à entourer des mêmes réserves exceptionnelles la poursuite en réparation des tracasseries d'un maire de village, ou des illégalités grossières d'un garde particulier, et celle des manœuvres dolosives d'un président de cour d'appel.

Ce fut l'opinion contraire pourtant qui prévalut. La jurisprudence, dans de nombreux arrêts [1], ne cessa d'affirmer que la prise à partie était obligatoire pour la poursuite en responsabilité civile des officiers de police judiciaire, pourvu, bien entendu (et ce point a son importance vis-à-vis de fonctionnaires généralement investis d'autres attributions administratives), que l'acte dommageable se rattache directement à leur fonction d'officier de police judiciaire [2].

Cela fut jugé successivement pour les maires, les gardes champêtres et particuliers, les consuls et, par assimilation, pour les notaires vérificateurs d'études.

a) *Les maires.* — Il y a bien des espèces dans la jurisprudence. Ainsi, doit être pris à partie un maire à raison d'une dénonciation calomnieuse contre un de ses administrés lorsque, faisant précéder sa signature de son titre de maire et la faisant accompagner du cachet de la mairie, il agit à titre officiel, en conformité des articles 9 et 29 du Code d'instruction criminelle [3]. Le maire qui pratique ou fait pratiquer une perquisition ne peut être rendu responsable en dommages-intérêts, à raison de l'illégalité de cet acte, que par la voie de la prise à partie [4] ; de même, celui qui refuse de

1. Entre autres : Cass., 9 janv. 1882 (D., 82, I, 117) ; Cass., 28 mai 1879 (D., 79, I, 369) ; Cass., 27 juin 1881 (D., 81, I, 165).

2. La jurisprudence belge, qui doit interpréter la même loi française, a décidé, avec plus de raison, à notre avis, que les officiers de police judiciaire, autres que les juges d'instruction, doivent être poursuivis selon le droit commun et non par la voie de la prise à partie. Cf. Giron, *Droit administratif de la Belgique* (Bruxelles, 1881), t. I, n° 248.

3. Agen, 28 févr. 1901, infirmatif d'un jugement du tribunal civil d'Auch, qui avait admis la poursuite selon le droit commun (D., 1903, II, 190).

4. Trib. Château-Chinon, 19 décembre 1908. *La Loi*, 30 janv. 1909.

recevoir l'affirmation des procès-verbaux dressés par certains gardes assermentés [1]. Du reste, il faut avoir soin de préciser que pour être poursuivi en prise à partie, le maire doit agir en qualité d'officier de police judiciaire et non de police administrative, comme agirait, par exemple, un maire assistant des gardes forestiers lors d'une visite domiciliaire, sa présence à cet égard n'ayant pour but que d'éviter un conflit entre les particuliers et les agents forestiers [2].

b) *Gardes champêtres, forestiers et particuliers.* — Les gardes champêtres, agissant en vertu des articles 49, 50 du Code d'instruction criminelle, comme officiers de police judiciaire, ne peuvent être poursuivis que par voie de prise à partie [3].

Il en est de même des gardes forestiers [4], notamment lorsqu'ils saisissent arbitrairement, dans l'exercice de leurs fonctions, le fusil et le gibier d'un particulier [5].

Un jugement du tribunal de paix de Villers-Bocage, du 21 juin 1882, assimile enfin les gardes-chasse au service des particuliers aux gardes forestiers ordinaires et déclare que la prise à partie est le seul moyen de poursuite ouvert contre eux, à raison d'un fait de leurs fonctions [6].

c) *Consuls* [7]. — Le même principe fut affirmé pour la poursuite des consuls, à raison d'un acte rentrant dans leurs attributions d'officiers de police judiciaire, par la première chambre du tribunal civil de la Seine (30 décembre 1905 [8]).

1. Cass., 25 juill. 1910 (D., 11, I, 121).
2. Bourges, 2 février 1881 (D., 82, II, 171).
3. Nancy, 25 juin 1884 (D., 85, II, 64); Cass., 14 juin 1876 (D., 76, I, 302; S., 77, I, 193).
4. Besançon, 22 juin 1873 (S., 73, II, 147).
5. Cass., 4 mai 1880 (D., 80, I, 460; S., 81, I, 79).
6. Dalloz, *Rép. supp.*, n° 28, note 1.
7. La prise à partie est admise, par ailleurs, contre un tribunal consulaire jugeant à l'étranger. Cela résulte implicitement de deux arrêts d'Aix. 11 août 1875 (D., 76, II, 134).
8. *Gazette des tribunaux*, 1906, 1er semestre, IIe partie, p. 243.

Ce fut, malgré les conclusions contraires du substitut, M. Morizot, qui prétendait que les consuls ne sont que des agents diplomatiques accessoirement pourvus de fonctions judiciaires et, comme tels, incapables de rentrer dans la dénomination générale du mot : *juge*.

d) *Notaires vérificateurs d'études* [1]. — Une jurisprudence récente estime que les dispositions relatives à la prise à partie « ne constituent pas des mesures d'exception, mais résultent de la nécessité générale de protéger à la fois les justiciables contre l'arbitraire de ceux qui concourent à l'administration de la justice et ces derniers contre les actions téméraires et vexatoires des plaideurs mécontents » ; en conséquence, elle assimile les notaires vérificateurs d'études aux officiers de police judiciaire, notamment au procureur de la République, qui possède le même droit de vérification, et, en conséquence, leur accorde le bénéfice de la prise à partie. Ainsi fut jugé par le tribunal civil de Bernay, le 19 janvier 1909 [2], sur la recevabilité d'une action en responsabilité intentée contre des notaires vérificateurs, du fait de leur négligence dans leur mission de surveillance. Ce jugement fut confirmé par arrêt de la Cour de Rouen du 16 février 1910 [3], lequel affirma le caractère véritablement juridictionnel des chambres de notaires, soit qu'elles se livrent à des instructions en vertu de leur pouvoir disciplinaire, soit qu'elles prononcent sur des poursuites ou qu'elles exercent, directement ou par l'entremise de délégués, le contrôle de la comptabilité notariale, conformément à l'article 8 du décret du 30 janvier 1890.

1. La prétention d'un notaire, commis par justice à une adjudication, de faire office de magistrat et, comme tel, d'être inattaquable par toute autre voie que la prise à partie, fut condamnée par arrêt de la Cour de Nancy, du 12 juillet 1885 (D., *Rép. supp.*, « Prise à partie », n° 38, note 1). Cf. Fuz.-Herm., *Rép.*, mot « Notaire », n° 2776.

2 S., 1910, II, 60 ; D., 1909, II, 145.

3. S., 1910, II, 151.

Une semblable assimilation a soulevé les protestations de la doctrine, à laquelle il apparaît « qu'il y a là vraiment un abus de l'argument d'analogie, déjà dangereux comme procédé d'interprétation légale [1]. »

Son admission est susceptible de conduire en outre aux conséquences les plus bizarres. L'article 8, paragraphe 3, du décret du 30 janvier 1890 dispose en effet que les notaires vérificateurs « sont choisis parmi les membres ou anciens membres de la chambre des notaires, qu'ils aient exercé ou non dans l'arrondissement. » « Si l'on ajoute que, confiées à un notaire honoraire, les fonctions de contrôleur ne sont pas obligatoires (même art., § 4), on est amené à conclure que la thèse du tribunal de Bernay a pour résultat d'obliger un citoyen lésé par une faute d'employer la voie compliquée de la prise à partie contre une personne qui n'est pas un juge, dont le ministère n'est pas forcé et qui n'est pourvue actuellement par le pouvoir exécutif d'aucune investiture. On peut penser à bon droit que ce résultat constitue l'extension arbitraire d'une procédure exceptionnelle comme l'est celle de la prise à partie. » De plus, « comme les chambres de discipline de notaires ne ressortissent pas aux cours d'appel, la prise à partie contre elles ou contre leurs membres ne peut être évoquée que devant la Cour de cassation [2] », ce qui constituerait une innovation, pour le moins hardie, dans les attributions de la Cour suprême.

Cette dernière n'a point eu à se prononcer d'une façon directe sur la question, mais peut-être peut-on déduire une condamnation implicite de la jurisprudence de Bernay, dans un arrêt de la chambre des requêtes du 1er juillet 1909 [3], lequel admet qu'une action en responsabilité contre des notaires contrôleurs, suivant la procédure de droit

1. M. Charmont, note sous Cass., 1er juill. 1909 (S., 1910, I, 98).
2. M. Lalou, note sous trib. civ. de Bernay, 19 janv. 1909 (D., 1909, II, 145).
3. D., 09, 1, 502; S., 1910, I, 98.

commun, peut être examinée au fond et rejetée pour raisons de fait [1].

Pour les *préfets*, la question est controversée. Un arrêt de la chambre civile du 14 juin 1876 [2] admet contre eux la prise à partie, qu'avaient repoussée un arrêt de la chambre des requêtes du 8 février de la même année [3] et un arrêt du 3 août 1874 [4].

Les auteurs de même sont divisés. Mourlon se prononce dans le sens de l'affirmative : « Le préfet sans doute ne joue pas habituellement le rôle d'officier de police judiciaire, écrit-il, mais cette circonstance est tout aussi indifférente ici que quand il s'agit des juges, et de même que l'avocat et l'avoué qui remplace accidentellement un juge peut bénéficier de la prise à partie, de même le préfet qui fait accidentellement fonction d'officier de police judiciaire doit pouvoir en profiter [5]. »

M. l'avocat général Reverchon, dans ses conclusions pour l'affaire Labadie, que confirma l'arrêt précité de la chambre des requêtes du 8 février 1870, soutenait, au contraire, que si les préfets exercent une attribution de police judiciaire dans le cas de l'article 10 du Code d'instruction criminelle, ils ne sont pas pour cela officiers de police judiciaire, car ils sont omis dans l'énumération de l'article 9 du Code d'instruction criminelle, et les travaux préparatoires établissent en outre que le législateur n'a jamais eu l'intention de leur conférer cette qualification [6].

Labbé de son côté, bien que partisan de l'extension de la prise à partie aux officiers de police judiciaire, semble pencher vers une responsabilité de droit commun pour ces fonctionnaires : « On comprend toutefois, écrit cet auteur,

1. M. Lalou, note sous Rouen, 16 févr. 1910 (D., 10, II, 321).
2. S., 77, I, 193.
3. S., 76, I, 203 ; D., 76, I, 296.
4. S., 76, I, 193.
5. Mourlon-Naquet, *loc. cit.*, p. 797.
6. Cass., 8 févr. 1876 (S., 76, I, 203).

que le législateur mesure l'irresponsabilité aux garanties de prudence et de légalité qu'offrent les fonctionnaires et soit plus ou moins sévère, selon que les excès, même de zèle, sont plus ou moins à craindre.... Le droit d'arrestation accordé à des fonctionnaires de l'ordre administratif est exorbitant. Il importe que des fonctionnaires, habitués à agir à leur aise dans le domaine qui leur est propre, soient stimulés, par la crainte d'une condamnation pécuniaire, à transmettre dans les délais réglementaires les personnes arrêtées à l'autorité de la justice [1]. »

f) *Les héritiers des magistrats.* — Bien « qu'il y ait une espèce de scandale d'autoriser à récriminer contre des magistrats après leur mort » [2], la prise à partie était généralement reçue, sous l'ancien régime, contre les héritiers des magistrats.

Le même principe est reconnu aujourd'hui où « il est hors de doute que celui qui cause un préjudice à autrui par un délit ou par un quasi-délit s'oblige à la réparation de ce préjudice (art. 1382 C. civ.) et que l'action civile née de cette obligation peut être exercée tant contre celui qui a occasionné le dommage que contre ses héritiers et représentants (C. i. cr., art. 2) [3]. » Cela est admis même lorsqu'aucune poursuite n'a été engagée du vivant du magistrat en faute.

Il s'ensuit que la prise à partie est recevable non seulement contre les héritiers des juges proprement dits et des magistrats du ministère public, mais aussi des officiers de police judiciaire et des personnes à eux assimilées par la jurisprudence. De telles hypothèses sont d'ailleurs très rares dans la pratique.

1. Labbé, sous Cass., 3 août 1874 (S., 76, I, 193).
2. Thomine-Desmazures, *loc. cit.*, t. I, p. 757.
3. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 41.

CHAPITRE II

LA PRISE A PARTIE : LES RÈGLES DE FORME

SECTION Ire

Règles de compétence

Les principes généraux de la compétence en matière de prise à partie ont été posés par l'article 509 du Code de procédure, de la façon suivante : « La prise à partie contre les juges de paix, contre les tribunaux de commerce ou de première instance, ou contre quelqu'un de leurs membres, et la prise à partie contre un conseiller à une Cour d'appel ou à une Cour d'assises, seront portées à la Cour d'appel du ressort.

« La prise à partie contre les Cours d'assises, contre les Cours d'appel ou l'une de leurs sections, sera portée à la Haute Cour, conformément à l'article 101 de l'acte du 18 mai 1804. »

Ce qui ressort immédiatement de ce texte, c'est l'impossibilité pour les tribunaux de première instance de connaître d'aucune prise à partie. Il y a là, pour les magistrats, un privilège d'ordre public, fondé sur le double désir de sauvegarder leur dignité et d'assurer l'indépendance des juges appelés à statuer sur leur poursuite ; privilège dont l'origine remonte à l'ancien droit [1], où la prise à partie s'était

1. Il y eut des exceptions à cette règle sous l'empire du Code du 3 brumaire

modelée sur le cadre de l'appel, et auquel ni l'accord des parties, ni la renonciation du juge ne sauraient contrevenir [1].

La règle doit être observée dans tous les cas, quand bien même la prise à partie serait connexe à une autre demande pour laquelle un tribunal de première instance serait compétent [2]. De même la cour compétente est celle du ressort du juge intimé et une demande en prise à partie connexe à une demande déjà pendante devant le tribunal du ressort d'une autre Cour ne saurait, pour cela, être transportée devant cette dernière Cour [3].

La Cour d'appel est compétente pour statuer sur une prise à partie dirigée même contre un président de Cour [4] ou un premier président [5]. Le titre de *conseiller* de l'article 509 doit être pris, en effet, dans un sens général contenant la désignation de tous les magistrats qui composent la Cour.

Il n'y a pas de difficulté pour le paragraphe de l'article 509 qui pose la compétence des Cours d'appel; il n'en est pas de même du second paragraphe qui édicte la compétence de la Haute Cour, conformément à l'article 101 de l'acte du 18 mai 1804, c'est-à-dire pour « les forfaitures et prises à partie qui peuvent être encourues par une Cour d'appel ou par une Cour de justice criminelle ou par des membres de la Cour de cassation. » L'article 133 du même acte prévoyait qu'un sénatus-consulte postérieur viendrait

an IV, où l'on jugeait que la demande en prise à partie pour forfaiture pouvait, en vertu de l'art. 569 (cf. *supra*, p. 110), être instruite tout d'abord par la juridiction correctionnelle (Cass., 2 vendémiaire an VI. D, *Rép.*, « Prise à partie », n° 68, note 1).

1. Trib. civ. Caen, 12 juin 1849 (D., 1850, III, 30); Cass., 22 juill. 1812 (S., t. XIII, p. 32); Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 66; Thomine-Desmazures, t. I, p. 763.

2. Cass., 25 août 1825. Dalloz, *Rép.*, n° 65, note 1, mot « Prise à partie ».

3. Cass., 27 avril 1827. Id., *Rép.*, mot « Renvoi », n° 95, note 2.

4. Cass., 8 août 1859 (D., 59, I, 460).

5. Cass., 30 juill. 1906 (D., 10, I, 12).

compléter les dispositions relatives à l'organisation et à l'action de la Haute Cour impériale. Ce sénatus-consulte ne vit jamais le jour. Aussi, étant donnée l'inexistence de la Haute Cour, on décida que la Cour de cassation, qui, d'après la loi du 27 ventôse an VIII (art. 60), devait statuer sur toutes les demandes en prise à partie sans distinction (cf. *supra*, p. 111), n'avait jamais cessé d'être investie, en cette matière, « de la part de juridiction non transférée aux Cours d'appel par l'article 509 du Code de procédure [1]. »

De cette façon, la Cour de cassation est compétente pour juger la prise à partie des Cours d'appel ou d'assises. Elle l'est encore pour connaître de celles qui seraient dirigées simultanément, et à raison du même fait, contre un tribunal de première instance et la Cour qui a confirmé le jugement [2], ou pour apprécier les faits de prise à partie articulés contre les juges de première instance et les conseillers de la Cour d'appel, dans une requête produite à la suite d'un pourvoi en cassation [3].

Quant à la prise à partie des membres de la Cour de cassation, elle pourrait sans doute, à raison de l'inexécution de l'article 101 du sénatus-consulte du 18 mai 1804, et par analogie avec le paragraphe 1er de l'article 509 du Code de procédure, être portée devant la Cour de cassation elle-même [4].

Ces règles générales doivent, étant donné le silence de la loi, s'appliquer à toutes les prises à partie, qu'elles soient dirigées contre des magistrats proprement dits ou des officiers de police judiciaire ; ou qu'elles le soient con-

1. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 46; Rousseau-Laisney, *loc. cit.* (« Prise à partie », § 2, n° 31), cite un arrêt en ce sens, du 22 févr. 1825.

2. Cass., 6 juill. 1858 (D., 58, I, 279; S., 58, I, 497); Cass., 17 nov. 1904 (D., 05, I, 48); Glasson-Colmet-Daage, *Précis théorique et pratique de proc. civ.*, t II, p. 211; Rousseau-Laisney, § 2, n° 34, *loc. cit.*

3. Cass., 29 nov. 1836 (S., 37, I, 632).

4. Fuzier-Hermann, *loc. cit.*, « Prise à partie », n° 155.

tre leurs héritiers, cela « par égard pour la mémoire de leurs auteurs [1]. »

SECTION II

Règles de procédure

§ 1er. — *La requête et l'autorisation préalable*

La nécessité d'une permission préalable des juridictions appelées à statuer sur la prise à partie, née d'une préoccupation purement politique dans la jurisprudence des parlements, fut maintenue par les lois de la période révolutionnaire [2]. Elle est consacrée à nouveau par le Code de procédure civile (art. 510 et s.). Seulement elle ne doit plus être considérée, dorénavant, que comme une garantie donnée aux juges contre les allégations téméraires et les folles poursuites des plaideurs. « On sentit qu'il était contraire à la dignité des tribunaux de laisser leurs membres livrés à la merci des plaideurs que la passion domine presque toujours, et qu'il fallait accorder aux magistrats d'autant plus de protection et de sûreté qu'ils étaient plus exposés aux outrages de ceux qu'ils étaient dans la nécessité de condamner ou de punir [3]. »

Une requête, à fin d'autorisation, doit donc être présentée par le demandeur en prise à partie. On a voulu parfois en limiter l'introduction à un délai de deux mois à dater du jugement [4], par analogie avec l'appel et le recours en cassation. Mais outre que ce n'est pas nécessairement un jugement qui ouvre la prise à partie, il n'y a pas d'assimilation possible entre la prise à partie, voie de recours contre

1. Rodière, *loc. cit.*, t. II, p. 141. Cass., 30 juill. 1906 (S., 10, I, 12).
2. Cf. *supra*, p. 102 et 109 et suiv..
3. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 4. Cf. *Archives parlementaires*, Séance du 6 avril 1806 précitée : exposé des motifs.
4. Poncet, *loc. cit.*, t. II, p. 397.

les juges, et les autres voies de recours contre les jugements [1].

La requête doit être signée « de la partie ou de son fondé de procuration authentique et spéciale » (art. 511 C. proc.) ; ce qui est une dérogation au droit commun, d'après lequel l'avoué a qualité pour faire, en principe, au nom de son client tous les actes de la procédure [2]. Cette procuration et toutes les pièces justificatives, s'il y en a, doivent être annexées à la demande à peine de nullité (art. 511 C. proc.). De plus, aucun terme injurieux à l'endroit des juges ne sera employé, « à peine contre la partie de telle amende et contre son avoué de telle injonction ou suspension qu'il appartiendra » (art. 512). Par terme injurieux, il faut entendre : « toute divagation étrangère, tout terme injurieux et non nécessaire, tout fait incriminant, hors celui de la prise à partie [3]. »

Au sujet de l'amende, MM. Glasson, Colmet-Daage font remarquer avec raison que « la loi n'ayant pas fixé son chiffre mais seulement un minimum, et les amendes arbitraires étant supprimées, il en résulte que cette disposition de l'article 512 ne peut recevoir aucune application [4]. » Il a été jugé en outre que le ministère public seul peut se prévaloir vis-à-vis de l'avoué rédacteur de la requête de l'inobservation de l'article 512 [5].

La requête ainsi établie doit être présentée à la juridiction compétente pour décider du fond du litige, soit à la Cour d'appel, soit à la Cour de cassation, sans qu'il y ait lieu à un aucun préliminaire de conciliation (art. 49, § 7, C. proc.).

En principe, la chambre de la Cour d'appel saisie exa-

1. Cf. Déroulède, *loc. cit.*, p. 92; Fuzier-Hermann, *loc. cit.*, « Prise à partie », n° 215.
2. Fuzier-Hermann, *loc. cit.*, « Prise à partie », n° 161.
3. Thomine-Desmazures, *loc. cit.*, t. I, p. 764.
4. Glasson-Colmet-Daage, *loc. cit.*, t. II, p. 211.
5. Dijon, 20 décembre 1883 (D., 85, II, 50).

mine et décide, en chambre du conseil [1], s'il y a lieu d'accorder ou de refuser la prise à partie. Cela se déduit par *a contrario* de l'article 515 du Code de procédure qui décide que « la prise à partie sera portée à l'audience sur un simple acte. » Le ministère public est entendu dans ses conclusions, car toutes les affaires de cette sorte lui sont communicables (art. 83, § 5, C. proc.).

Quant au point de savoir si un débat oral peut être introduit sur la demande, si le plaignant est admis à développer soit par lui-même, soit par le ministère d'un avocat, des observations à l'appui de sa demande, les auteurs et la jurisprudence sont divisés. Les auteurs l'admettent, mais en précisant que le magistrat incriminé ne doit pas être mis en cause dans cette première partie de la procédure [2]. La jurisprudence, avec plus de vraisemblance, se prononce pour la négative. En effet, dit-elle, la forme introductive de la demande, par requête à laquelle sont jointes toutes pièces justificatives, « exclut implicitement toutes plaidoiries ou explications verbales de la part du demandeur. Que s'il en était autrement, il ne pourrait être refusé au juge lui-même de répondre, par le même moyen, aux explications de la partie et il s'établirait ainsi, contrairement au vœu de la loi, et prématurément, un débat contradictoire qu'elle a eu pour but d'éviter sur la demande à fin de permission préalable et de n'autoriser qu'au seul cas d'admission de la requête » (Cour de Paris, 30 janv. 1836 [3]).

Devant la Cour de cassation, il est passé dans la pratique que les affaires de prise à partie s'instruisent et se

1. Dalloz, *Rép*, « Prise à partie », n° 55; Cass., 16 décembre 1862 (D., 63, 1, 235).

2. Rodière, *loc. cit.*, t. II, p. 142; Glasson-Colmet-Daage, *loc. cit.*, t. II, p. 211.

3. S., 37, II, 267, et dans le même sens : Amiens, 20 juill. 1837; Dalloz, *Rép.*, mot « Acquiescement », n° 348, note 3; et Aix, 11 août 1875; D., 76, II, 135.

jugent devant la chambre des requêtes comme les affaires ordinaires, et que notamment les avocats des parties sont admis à présenter à l'audience des observations orales à l'appui des demandes [1].

L'examen de la requête devant la Cour de cassation peut de plus, éventuellement, conduire à un autre résultat. L'article 494 du Code d'instruction criminelle, en effet, autorise cette juridiction, si elle aperçoit à ce moment « quelque délit de nature à faire poursuivre criminellement un tribunal ou un juge de la qualité exprimée en l'article 479 », à ordonner le renvoi d'office, conformément à l'article 493 du même Code. Ce qui peut avoir pour conséquence d'obliger les juridictions ultérieurement saisies de la prise à partie au fond, à surseoir jusqu'au jugement de l'action publique, ainsi qu'il sera établi plus loin (cf. *infra*, p. 165).

Dans le jugement de la requête, les cours compétentes doivent faire porter leur examen sur deux points principaux, à savoir : si le fait initial sur lequel se fonde la demande est vraiment dommageable, en raison de la maxime : pas d'intérêt, pas d'action ; s'il se rattache à l'exercice des fonctions du juge. Ainsi, des termes injurieux ou diffamatoires prononcés, lors de son acte de déport, par un juge, ne sont pas suffisants pour rendre admissible une demande en prise à partie : « le déport n'étant pas considéré comme rentrant dans l'exercice actif de la profession de juge [2]. » Par contre, un acte dommageable, accompli par le juge dans ses fonctions, fût-ce même en vertu de ses pouvoirs de juridiction gracieuse, comme l'acte du juge de paix dans ses fonctions de président du conseil de famille, doit toujours être poursuivi par la voie de la prise à partie [3]. »

« Si la requête est rejetée, dit l'article 513 du Code de procédure, la partie sera condamnée à une amende qui ne

1. Cass., 6 juill. 1858 (D., 58, I, 280).
2. Toulouse, 24 juill. 1884 (D., 85, II, 250).
3. Cass., 26 juill. 1812. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 65, note 2.

pourra être moindre de 300 fr., sans préjudice des dommages-intérêts envers les parties s'il y a lieu. » Le mot *parties* employé par la loi doit s'entendre des autres parties au procès et non du juge incriminé qui est encore étranger à la procédure [1]. Mais il n'en reste pas moins que le juge pourra toujours intenter l'action en responsabilité de droit commun.

§ 2. — *Signification de la requête admise*

Que si, au contraire, elle est admise, la requête est signifiée dans les trois jours au juge pris à partie. Cette signification avait lieu sous l'empire du Code du 3 brumaire an IV (art. 567), non pas à ce moment, nous l'avons dit, mais un mois avant la présentation de la demande [2]. Les rédacteurs du Code de procédure ont estimé que toute mise en cause du juge, avant qu'un premier examen judiciaire ait contrôlé la vraisemblance de la demande, serait susceptible de compromettre prématurément sa dignité.

La signification se fait à personne ou à domicile, car le silence de la loi à cet égard fait présumer qu'une fois l'autorisation accordée et le magistrat mis en cause, « le motif de convenance révérentielle, qui a dicté la disposition de l'article 207, n'existe plus [3] ». Le délai de trois jours, susceptible d'augmentation à raison des distances, n'est d'ailleurs pas prescrit à peine de nullité [4].

La signification de la requête doit contenir assignation du juge à comparaître devant la Cour, pour voir statuer au fond. Elle doit être accompagnée de la copie de la requête, de l'arrêt d'autorisation et des pièces justificatives [5].

1. Glasson-Colmet-Daage, *loc. cit.*, t. II, p. 211.
2. Cass., 8 thermidor an II (S., 1802, I, 364).
3. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 57; Mourlon-Naquet, *loc. cit.*, p. 801; Bioche, *loc. cit.*, n° 69; Rouss.-Laisney, *loc. cit.*, n° 55.
4. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 59; Rouss.-Laisney, *loc. cit.*, n° 59.
5. Mourlon-Naquet, *loc. cit.*, p. 801.

Le juge, de son côté, a un délai de huit jours (qui n'est pas de rigueur [1]), après la signification, pour produire ses défenses (art. 514), auxquelles, selon toute vraisemblance, le poursuivant doit pouvoir répliquer [2].

Dès cette signification et jusqu'au jugement définitif sur la prise à partie d'autre part, le juge s'abstiendra, à peine de nullité des jugements, de siéger dans le différend au cours duquel est née la prise à partie et dans tout différend auquel la partie ou ses parents en ligne directe peuvent être intéressés. Cette prohibition, que pouvait lever dans l'ancien droit le consentement des parties, est devenue d'ordre public avec le Code de procédure et s'impose dans tous les cas, car « il importe à la société que le juge ne puisse, même avec le consentement des parties, compromettre la dignité de la justice et amoindrir son autorité morale [3]. » Encore faut-il, bien entendu, que la prise à partie ait été régulièrement introduite [4].

§ 3. — *Débats et jugement*

« La prise à partie sera portée à l'audience sur un simple acte et sera jugée par une autre section que celle qui l'aura admise » (art. 515). Au cas où les faits de prise à partie auraient donné lieu à des poursuites criminelles, intentées d'office, et où la victime aurait choisi la voie de la prise à partie, il devra être sursis au jugement de la prise à partie jusqu'à la solution de cette poursuite par la juridiction pénale [5]. Par contre, la prise à partie, étant une voie extraordinaire, n'entraînera jamais, au cas où elle se fonde sur un mauvais jugement, la suspension de l'exécution de ce

1. Thomine-Desmazures, *loc. cit.*, t. I, p. 766.
2. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 62.
3. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 71 ; cf. Travaux préparatoires ; Exposé des motifs de Bigot-Préameneu ; *supra*, p. 111.
4. Fuzier-Hermann, *Rép.*, « Prise à partie », n°s 205 et suiv.
5. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 68.

jugement ; et la Cour ne saurait, sans excès de pouvoir, en ordonner le sursis [1].

Les débats, contradictoires, se déroulent en la forme ordinaire des audiences solennelles, comme il est prévu par le décret du 30 mars 1808.

Pour la Cour composée d'une seule section, le Code décidait que le jugement serait renvoyé par la Cour de cassation à la Cour la plus voisine. Cela demeura longtemps sans application, en raison du décret du 6 juillet 1810 (art. 1er et 2) décidant que les cours d'appel d'une seule section forment trois chambres que la jurisprudence assimila à de véritables sections [2]. Depuis la loi du 30 août 1883, qui institue sept Cours d'appel à une seule chambre, la question s'est plusieurs fois posée dans la pratique [3], fournissant ainsi l'occasion d'appliquer le renvoi prévu par le Code de procédure.

§ 4. — *Voies de recours*

Les décisions rendues soit sur l'admissibilité de la requête, soit sur le fond de la prise à partie, sont toujours rendues sans appel, en raison du privilège de juridiction qui les soustrait aux juges du premier degré. « Ces décisions ne sont même susceptibles d'aucune espèce de recours dans les cas où, d'après l'article 509, la Cour de cassation a été saisie directement de l'action en prise à partie ; elles peuvent seulement être l'objet d'un pourvoi, si cette action a été portée devant une Cour d'appel [4]. »

1. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 77.
2. Cass., 27 février 1812. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 63 et note 2.
3. Cass., 26 décembre 1883 (S., 84, I, 184) ; Cass., 2 mars 1886 (D., 87, I, 150) ; Glasson-Colmet-Daage, *loc. cit.*, p. 212 et suiv.
4. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 69.

§ 5. — *Prescription*

On s'accorde généralement à distinguer, pour la durée de la prescription de la prise à partie, selon que les faits imputés au juge entraînent l'ouverture de l'action publique contre lui ou engagent seulement sa responsabilité civile. Dans le premier cas (concussion, art. 174 C. pén. ; jugement par haine ou par faveur, art. 183 C. pén.), la prise à partie se prescrit par le même délai que l'action publique ou que l'action civile qui l'accompagne : dix ans. Dans le second cas, on admet en général que la prise à partie est soumise à la prescription trentenaire, prescription ordinaire des actions personnelles (art. 2262 C. civ.) [1]. Quelques auteurs pensent toutefois que l'article 2262 du Code civil est inapplicable ici, étant donné que la prise à partie n'est pas une voie de responsabilité ordinaire, et se décident pour un délai de trois ans, qui est celui de la péremption d'instance [2].

1. Garsonnet, *Traité théorique et pratique de proc. civ.*, t. I, p. 246, § 148.
2. Glasson-Colmet-Daage, *loc. cit.*, t. II, p. 209. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 70.

CHAPITRE III

LES EFFETS DE LA PRISE A PARTIE

---

§ 1er. — *Les effets de la prise à partie vis-à-vis du juge et du plaignant*

Au cas où la prise à partie est reconnue juste et fondée, le juge est condamné en des dommages-intérêts envers la partie lésée. La loi est muette sur les principes qui doivent présider à l'évaluation de cette indemnité et la jurisprudence, extrêmement rare sur ce point, ne nous offre aucune indication. Il est donc permis de penser que, hormis l'hypothèse de l'article 117 du Code pénal, où les dommages-intérêts pour arrestation arbitraire sont fixés à 25 fr. par jour de détention, l'on doit écarter toute considération d'ordre pénal à l'encontre du magistrat et mesurer, selon le droit commun, l'indemnité à la réparation intégrale du préjudice [1] occasionné à la partie par son juge.

Si au contraire la partie succombe, elle est condamnée à l'amende de fol appel qui fut fixée par le Code à un minimum de 300 fr. (art. 516 C. proc.), laissant à la prudence du juge la faculté de l'élever au delà [2]. La partie peut être condamnée en outre, s'il y a lieu, à des dommages-intérêts envers le juge, notamment en la forme de l'affichage du

1. Cf. Planiol, *Manuel de droit civil* (4e édit.), t. II, p. 295, n° 896
2. Chauveau-Glandaz, *loc. cit.*, n° 445.

jugement de débouté [1]. Dans cette hypothèse, le juge qui réclame des dommages-intérêts ne peut connaître ultérieurement de l'affaire qui a motivé sa poursuite, cela par analogie avec la situation prévue à l'article 390 du Code de procédure [2].

§ 2. — *Les effets de la prise à partie vis-à-vis des jugements*

Lorsque la prise à partie est motivée par un acte illégal autre qu'un jugement, on admet que la Cour peut l'annuler, en même temps qu'elle accorde les dommages-intérêts [3].

Mais que faut-il décider, dans l'autre cas, vis-à-vis du jugement qui a motivé la prise à partie ? Sans doute, le but essentiel de cette voie de recours est d'obliger le juge à une entière réparation du tort qu'il a causé par sa prévarication ou ses illégalités et non d'obtenir la réformation ou l'amendement de sa sentence [4]. Admettre le contraire serait confondre la prise à partie avec l'appel dont elle deviendrait une simple modalité ; et contre cette confusion proteste toute l'histoire de ces deux institutions. D'ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que le mauvais jugement n'est qu'une occasion de prise à partie et que le dol dans l'instruction, le déni de justice, etc., l'ouvrent au même titre, sans qu'il y ait possibilité de concevoir, dans ces derniers cas, aucune réformation de jugement [5].

Pourtant, il peut se présenter des hypothèses dans lesquelles, seule, l'annulation du jugement est capable de réparer efficacement le préjudice souffert par la partie lésée.

1. Cass., 18 juill. 1832, dans Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 11, note 1.
2. Thomine-Desmazures, *loc. cit.*, t. I, p. 766.
3. Mourlon-Naquet, *loc. cit.*, p. 802.
4. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 6; Fuzier-Hermann, *ibid.*, n° 36; Cass., 26 août 1819, dans Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 13, note 3.
5. Fr. Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code de procédure* (Paris, 1872, 4e édit.), p. 422.

C'est d'abord lorsque le jugement, entaché de dol ou de fraude, décide d'une question d'état. Tous les dommages-intérêts fournis par le juge ne suffiront pas, en ce cas, à prévenir et à réparer l'intégralité du dommage que ce jugement est susceptible de produire dans l'avenir. Ce peut être, ensuite, l'insolvabilité du juge qui rend absolument illusoire toute action en réparation, si le jugement mauvais, quel qu'en ait été l'objet, ne se trouve pas infirmé par le succès de la prise à partie et continue d'être opposable à la victime du dol.

En présence de ce problème, les auteurs se sont généralement prononcés pour le principe de l'annulabilité de la sentence qui a fondé la prise à partie. En effet, disent-ils, il importe de sauvegarder avant tout l'équité, qui se trouverait « profondément blessée si la loi pouvait couvrir d'une autorité inviolable une sentence qui serait authentiquement reconnue pour l'œuvre de la fraude [1] ». Ils raisonnent ensuite par *a fortiori* sur la nullité prescrite par l'article 514 pour le jugement auquel concourrait le juge *assigné* en prise à partie, et ils se demandent comment l'on pourrait « dès lors ne pas regarder comme essentiellement nul le jugement auquel il serait convaincu d'avoir fait, non pas les fonctions de juge, mais celles de partie [2] ».

Quant à l'argument tiré de la place qu'occupe la prise à partie, au nombre des voies extraordinaires de recours *contre les jugements*, dans le Code de procédure (liv. III) et que font valoir certains auteurs [3], il n'est peut-être pas sans réplique si, comme l'expliquent Mourlon et Naquet, cette disposition n'est que le résultat d'une méprise du législateur [4].

1. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », nos 74 et suiv.
2. Thomine-Desmazures, *loc. cit.*, t. II, p. 766.
3. Rodière, *loc. cit*, t II, p. 143; Thomine-Desmazures, *loc. cit.*, t. II, p. 766.
4. « Pothier, qu'ils (les auteurs du Code) avaient sous les yeux, écrivent ces

Quoi qu'il en soit, l'annulabilité ne fait point de difficulté au cas où les autres parties au procès ont été complices du dol du juge. Mais *quid* lorsque ces parties ont été de bonne foi ? Est-il juste alors de faire partager à un innocent la responsabilité des délits de son juge ? Dalloz et Pigeau le croient [1]. Peu importe, d'après eux, que la partie ait été ou non de bonne foi. Du moment que le jugement est l'œuvre de la fraude, il est de toute nécessité qu'il tombe, car la bonne foi elle-même ne leur paraît pas devoir autoriser une partie « à garder le bien d'autrui, ni à recueillir le bénéfice d'une sentence injuste ».

Cette réserve faite, si les auteurs sont, dans leur ensemble, d'accord sur le principe de l'annulabilité, ils ne tardent pourtant pas à diverger dès qu'il s'agit d'en définir les conditions d'application.

La première question qui se pose est celle de savoir si la nullité du jugement ne résulte pas de plein droit de l'arrêt qui prononce la prise à partie. MM. Glasson et Colmet-Daage l'enseignent [2], affirmant que « si la prise à partie a été portée devant une Cour d'appel, celle-ci pourra annuler la décision et la remplacer par une autre ; si c'est devant la Cour suprême, celle-ci devra renvoyer, après cassation, devant une autre juridiction ».

Dalloz, au contraire [3], se prononce pour la négative, car « le juge, saisi de cette demande (en prise en partie), n'a pu ni dû statuer que sur les dommages-intérêts réclamés

auteurs, s'occupait, dans le liv. III, de la procédure « des voies de recours contre les jugements *et contre les juges* », et il en consacrait la quatrième partie « à la prise à partie considérée non plus comme voie de recours contre les jugements, mais contre la personne des juges. Les rédacteurs du Code ont entendu faire comme Pothier ; mais, au lieu de parler cumulativement dans la rubrique du livre des voies de recours contre les juges, ils ont supprimé, sans y faire attention, la dernière phrase et ont maintenu, cependant, la prise à partie dans le même cadre. » Mourlon-Naquet, *loc. cit.*, p. 803.

1. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 75.
2. Glasson-Colmet-Daage, *loc. cit.*, t. II, p. 214.
3. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 74.

par les parties contre le juge ». Pigeau [1], lui, donne une autre raison : c'est que « celui qui l'a obtenu ne peut être dépouillé du bénéfice du jugement sans avoir été entendu ». Ce à quoi Rodière [2] répond qu'il suffit d'appeler cette partie gagnante en cause pour que l'annulation du jugement lui soit opposable. Mais cette mise en cause est-elle possible dans le silence du Code qui n'a rien prévu à cet égard et qui, supposant partout qu'il n'y a qu'un défenseur unique : le magistrat prévaricateur, reconnaît implicitement que la prise à partie est et doit demeurer étrangère à celui qui a gagné le procès initial, d'où s'est détachée la prise à partie [3] ? La solution, comme on le voit, est très incertaine.

Si donc l'on admet que la nullité ne résulte pas *ipso facto* de l'arrêt de prise à partie, comment donc sera-t-elle prononcée ? A cette question, les partisans du second système répondent : elle sera prononcée selon la forme des voies de recours de droit commun ; de l'appel, si le jugement a été rendu en premier ressort ; de la requête civile (art. 480, § 1er, C. pr.), s'il est rendu en dernier ressort [4]. Ces voies de recours sont enfermées dans des délais rigoureux dont certains auteurs se croient autorisés à placer le point de départ au jour de l'arrêt définitif de prise à partie [5].

Le second moyen qui peut s'offrir aux parties de faire annuler l'acte du juge coupable consiste, lorsque les manœuvres dolosives de ce dernier constituent une forfaiture, à s'adresser à la Cour de cassation, qui a le pouvoir d'annuler les actes entachés de ce vice [6].

1. Pigeau-Crivelli, *La procédure civile des tribunaux de France* (1837), t. I, p. 799.
2. Rodière, *loc. cit.*, t. II, p. 143.
3. Mourlon-Naquet, *loc. cit.*, p. 803.
4. Thomine-Desmazures, t. I, p. 766. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », nos 74 et suiv.
5. Dalloz, *ibid.*; Bioche, *loc. cit.*, « Prise à partie », no 54.
6. Bioche, *ibid* ; Fr. Mourlon, *Répét. écrites sur Code proc.*, p. 428.

TROISIÈME PARTIE

EXAMEN CRITIQUE DU SYSTÈME DE LA PRISE A PARTIE ET PROJETS DE RÉFORME

CHAPITRE PREMIER

LES CRITIQUES CONTRE LE RÉGIME DE LA PRISE A PARTIE [1]

Le régime de la prise à partie, telle que nous l'avons exposée, a suscité les critiques les plus vives de la part d'un certain nombre d'auteurs et de publicistes contemporains qui le dénoncent tour à tour comme « un leurre [2] » ou « un monument d'iniquité [3] ». Il est pour eux, en matière civile, le pendant de ce qu'est, en matière d'instruction criminelle, la disposition de l'article 479. Comme cette dernière, en effet, il fait peser une entrave exorbitante sur les justes réclamations des individus contre les abus judiciaires et, si l'on ajoute à ces difficultés des poursuites pénales et civiles l'insuffisance notoire de l'action dis-

1. Nous nous sommes largement inspiré, pour cette partie de notre étude, des rapports présentés par M. Lacoin à la *Société générale des prisons* en 1901 et 1906 (publiés, avec le procès-verbal des discussions, dans la *Revue pénitentiaire* des mêmes années), et du mémoire de M. Morizot-Thibault à l'*Académie des sciences morales et politiques* en 1905 (publié avec la discussion dans les *Comptes rendus des travaux et séances de l'Académie* de la même année). Ces travaux, dont l'un, d'ailleurs, celui de M Morizot-Thibault, émane « d'un magistrat distingué ayant l'expérience que donne une longue pratique judiciaire » (conseiller Mourral, *Rev. pénit.*, févr. 1906, p. 339), présentent un intérêt d'autant plus grand qu'ils soulevèrent, au sein des hautes sociétés où ils furent produits, des discussions très approfondies auxquelles participèrent un certain nombre de magistrats éminents et qu'on put ainsi recueillir, sur cette délicate question, l'opinion même des intéressés.

2. M. Jolly, discuss. rapp. Lacoin, *Rev. pén.*, mai 1906, p. 684.

3. M. Lacoin dans son rapport, *Rev. pén.*, mars 1906, p. 409.

ciplinaire, l'on est bien contraint d'admettre la pleine irresponsabilité de fait des magistrats. Il y a là une situation anormale, en désaccord flagrant avec notre conception moderne des rapports de la société et des individus et de la responsabilité juridique des fonctionnaires publics. Aussi, c'est pour la redresser, c'est au nom d'une meilleure compréhension de la sécurité des individus qu'on réclame l'amendement et la transformation de la prise à partie, au même titre qu'on réclame l'élargissement de l'article 479 du Code d'instruction criminelle.

En face de cette argumentation, dont nous venons de tracer très succinctement la ligne générale, il semble que notre premier soin doive être de dégager la consistance réelle de la prise à partie et de rechercher, à la lumière de son histoire, à en préciser la portée et la valeur objective. Ce sera, sans aucun doute, la meilleure façon d'arriver à réunir les éléments d'un jugement éclairé sur cette institution et à déterminer, en fonction de nos besoins juridiques contemporains, les lacunes de ce système.

SECTION Ire

La valeur objective de la prise à partie

Nous examinerons successivement la prise à partie au travers de la loi et la prise à partie dans la jurisprudence.

La prise à partie au travers de la loi. — On ne saurait exiger du système législatif de la prise à partie qu'il donne ce qu'il n'a point prétendu donner, c'est-à-dire un système complet et coordonné de la responsabilité des magistrats. Le point de départ de toute la théorie est un texte du Code de procédure. Si l'on se demande quel en est le sens exact, la réponse qui surgit immédiatement à l'esprit, c'est que le législateur de 1806, son auteur, n'eut d'autre intention que d'édifier en lui une *procédure* tout simplement, et pas autre chose.

Pour la première fois, en effet, les auteurs du Code avaient à envisager le problème de la responsabilité des magistrats. Ils avaient encore présent à la mémoire l'ancien système de la responsabilité pécuniaire, d'inspiration presque exclusivement disciplinaire, dont la teneur avait été conservée, à peu près dans les mêmes termes, par les lois révolutionnaires. Sans doute, le caractère fondamental de la prise à partie va se transformer, et ce sont les droits individuels qu'il va falloir désormais sauvegarder contre l'arbitraire des magistrats de la nation. Mais on se soucie peu, en 1806, de marquer, dans des textes définitifs, ce progrès ; il s'agit surtout alors de savoir s'il convient de conserver ou non les formes exceptionnelles de poursuite que l'ancienne pratique des parlements avait édifiées en faveur des magistrats, et la question de procédure prime toutes les autres.

On se trouvera bien amené, il est vrai, à poser les limites à l'ouverture de la poursuite, et on le fera dans cet article 505 qui, construit à l'image de l'article 565 du Code du 3 brumaire an IV, laisse d'ailleurs au législateur toute faculté d'incorporer dans la suite de son œuvre, partout où le besoin s'en fera sentir pour la sauvegarde des droits individuels, des dispositions de réparation pécuniaire contre les magistrats. Il n'en reste pas moins qu'à côté de cet article unique qui traite du fond de la matière, tous les autres articles du titre sont consacrés à la réglementation de pures questions de forme et font de la prise à partie un parallèle au recours en cassation ou à la requête civile. Cette considération, qu'on ne doit pas perdre de vue dans toute la discussion de cette matière, est, à notre avis, de la plus grande importance pour l'appréciation impartiale de l'œuvre de la prise à partie.

En abordant l'examen de la prise à partie, le premier soin des auteurs du Code fut donc d'en circonscrire les conditions d'exercice. Ils se rattachaient en cela à toute la tradition

antérieure qui, dès l'apparition de l'appel en droit français, fut constante à n'ouvrir qu'exceptionnellement la responsabilité du juge. Ce fut une pensée identique qui inspira *l'article 505* du Code de procédure [1].

Le premier paragraphe se réfère, on l'a vu, à l'ancienne pratique des prises à partie pour dol, fraude, concussion, dont la source se trouve dans l'édit de 1540, et il l'élargit en ce qu'il rend la prise à partie applicable, non seulement à raison des jugements, mais de tous les actes de l'instruction des procès. Il est cependant une autre extension que l'on pourrait s'étonner de ne point rencontrer dans le texte de l'article 505 et qui est l'ouverture de la prise à partie pour erreur évidente de fait ou de droit, selon la formule de l'édit de 1540. Ce furent sans aucun doute les enseignements de l'expérience qui, témoignant de l'inobservation où était tombée cette prescription par suite de la mauvaise volonté des juges (cf. *supra*, p. 93), détournèrent les auteurs du Code de la relever, comme ils en avaient déjà détourné, probablement, les législateurs du Code de brumaire an IV. Il nous suffit, pour le moment, de signaler ce fait, remettant à plus tard le soin de rechercher si le moment n'est pas venu de reprendre, dans l'intérêt des justiciables, la vieille formule de 1540.

Du second et du troisième paragraphe de l'article 505, ouvrant la prise à partie contre les magistrats chaque fois qu'elle est prononcée par un article de loi, le motif était de rendre obligatoires, pour toutes les poursuites civiles dont on établirait ultérieurement l'éventualité, les formes exceptionnelles de procédure prévues par les articles suivants. C'était en même temps se réserver le moyen d'édifier, en toute liberté, au fur à mesure que l'occasion s'en présenterait, un système complet de protection et de réparation pour les individus.

1. Cf. séance 7 avril 1806, *Archives parlementaires, loc. cit.*

L'ancien régime avait usé d'un grand nombre de ces peines civiles, éparses dans le corps des ordonnances, pour entraîner, bon gré mal gré, l'adhésion de la magistrature à leurs prescriptions. On pouvait s'attendre à voir les auteurs du Code agir de même pour le plus grand profit de la sécurité des justiciables. Malheureusement, il n'en fut rien, ou à peu près. Hormis les quelques articles du Code d'instruction criminelle, que nous avons déjà énumérés, relatifs soit à l'observation des formes des mandats d'arrestation, soit à l'obligation de la signature des jugements de simple police ou des arrêts de Cour d'assises, la loi laisse sans réparation, ainsi que nous le verrons plus tard, les faits les plus répréhensibles et les plus dommageables des magistrats en matière d'instruction criminelle. Cette lacune se rattache d'ailleurs immédiatement à l'insuffisance manifeste des textes de garantie de la liberté individuelle. Élaboré « aux beaux temps de l'Empire, alors que la liberté avait complètement disparu et que la France était tombée sous le plus rude despotisme militaire [1] », le système de protection du Code d'instruction criminelle apparaît, « avec ses formules trompeuses », merveilleusement combiné pour assurer l'impunité des attentats qu'il prétend réprimer, et aboutit en définitive à ce résultat que « la liberté individuelle n'est pas mieux garantie chez nous qu'en Russie ou en Turquie [2]. » Tout se tient. L'article 505 du Code de procédure fournissait la clé d'un système, aussi large qu'on aurait pu désirer, de sauvegarde des droits individuels ; si ce système ne fut pas réalisé, ce n'est point la faute assurément de l'article 505 du Code de procédure, mais de toutes les contingences sociales qui pesèrent ultérieurement sur la rédaction du Code d'instruction criminelle.

1. M. Garçon, *Rev. pén.*, mars 1901, p. 440.
2. M. de Franqueville, *Compte rendu de l'Académie des sciences morales et politiques*, p. 609.

Enfin, dans la partie de l'article 505, autorisant la prise à partie pour déni de justice, il n'y a qu'un emprunt à l'ordonnance de 1667. Nous n'avons pas grand'chose à en dire ; cette hypothèse n'offre qu'un médiocre intérêt pratique. Le déni de justice, sous sa forme brutale du refus de statuer, ne se conçoit plus guère que comme un accident fort rare dans l'état actuel de nos mœurs judiciaires. Mais il suffit que cette hypothèse soit possible pour que sa mention dans l'article 505 se justifie et vaille d'être conservée.

Touchant *la procédure de la prise à partie*, le législateur de 1806 s'est plu à accumuler, sur l'exercice de cette voie, les obstacles et les entraves, estimant que ces difficultés contre-balanceraient le danger qu'il y avait de livrer les magistrats à la poursuite de leurs justiciables. La procédure qu'il consacre, en effet, après les lois révolutionnaires, se compose essentiellement de l'autorisation préalable et du privilège de juridiction.

Ces formalités, dont l'origine doit être cherchée dans l'ancienne pratique des parlements, naquirent, pour le privilège de juridiction, des circonstances de fait qui obligeaient la prise à partie à se plier au cadre hiérarchique de l'appel et, pour l'autorisation préalable, des exigences politiques des parlements qui, par ce moyen, prétendaient se réserver l'exclusive connaissance de ce genre de causes. La législation moderne leur attribua, en en généralisant l'emploi, une autre raison d'être. Elle les considéra comme un supplément de sauvegarde pour la dignité des magistrats dont elle venait, avec tant de parcimonie déjà, d'établir la responsabilité civile [1]. L'autorisation préalable est une garantie donnée au juge contre les allégations des plaideurs et le privilège de juridiction n'a rien que de très conforme à cette idée que les magistrats doivent continuer de jouir,

1. Cf. *supra*, p. 111. *Travaux préparatoires.*

jusque dans leur répression, à raison de la dignité même de leur ministère, des prérogatives attachées à tous ceux qui participent aux fonctions les plus élevées de la puissance publique. La même pensée, qui plus tard inspirera l'article 479 du Code d'instruction criminelle, préside à l'article 509 du Code de procédure.

Et ce fut, on peut le dire, l'objet principal du Code de procédure, au titre de la prise à partie, de préciser ces formes et de les faire concorder avec la nouvelle organisation judiciaire.

Quant aux points secondaires : rédaction de la requête, amende de folle intimation, etc., ils sont, eux aussi, hormis le point de l'abstention du juge pris à partie qui fut différemment envisagé par les auteurs du Code, empruntés à l'ancienne procédure et concourent au même objectif de la sauvegarde de la dignité du juge.

La prise à partie dans la jurisprudence. — La jurisprudence se trouvait donc dans cette situation d'avoir à interpréter et à appliqur des dispositions légales constituant, au principe admis de l'irresponsabilité des juges, une exception entourée, d'ailleurs, de toutes les réserves et de toutes les formes restrictives possible. Si l'on ajoute à ce caractère exorbitant de la loi la tendance naturelle de la magistrature à n'appliquer qu'à la dernière extrémité les prescriptions de la prise à partie, et ce, en vertu des préventions d'un esprit de classe dont il est impossible de ne pas rencontrer la manifestation dans certains de ses arrêts [1], on pourra dégager aisément les considérations générales qui présideront au développement de son système. Elles se ramènent à deux principales : interpréter strictement les textes relatifs à l'ouverture de la prise à partie ; étendre

1. Cf. par exemple affaire de Forbin-Janson (*supra*, p. 134). L'esprit de corps de la magistrature, qui ne peut se résoudre à constater publiquement la faute de l'un des siens, est aussi pour M. Lacoin une des causes du déplorable état de choses actuel (cf. rapport Lacoin, *Rev. pén.*, juillet 1901, p. 1178).

le privilége de la prise à partie à tous les agents auxiliaires du pouvoir judiciaire. Nous verrons dans la suite qu'une telle jurisprudence ne va pas sans soulever les plus graves difficultés.

SECTION II

L'insuffisance de la prise à partie comme système de responsabilité civile des magistrats

Après les explications que nous venons de donner sur la prise à partie, la conclusion qui s'impose, c'est qu'en somme cette institution est demeurée depuis son origine dans le Code de procédure jusque dans son développement jurisprudentiel en pleine logique avec elle-même et avec les principes qui l'inspirèrent. A ce point de vue, il n'est pas de contradiction à relever : la prise à partie est restée toujours la voie, très exceptionnelle, de responsabilité civile des juges qu'elle était déjà dans les conceptions des auteurs du Code.

De ce caractère exorbitant lui-même peut-on, en toute justice, faire un grief à ces législateurs ? nous ne le croyons pas. Nous estimons que leur obstination à sauvegarder par-dessus tout, dans une époque de transition, la renommée de la magistrature qui est un des fondements indiscutables du bon ordre public, — dussent pour cela les moyens de défense des justiciables contre leurs juges être réduits d'autant — se justifie pleinement. Les intérêts des individus — surtout lorsque, comme dans l'espèce, ils se trouvent entourés d'autres garanties d'ordre divers — doivent, en effet, toujours être subordonnés à l'intérêt de la société.

Aussi bien, là n'est pas le point intéressant de la discussion. Il se trouve, à notre avis, dans la question de savoir si la prise à partie, telle qu'elle existe, se trouve en har-

monie avec nos conceptions et nos besoins juridiques contemporains. Après l'avoir envisagée objectivement, pour elle-même, et avoir montré que, comme telle, elle s'expliquait, il nous reste à l'apprécier subjectivement, par rapport à notre état social, et à nous demander si, à ce nouveau point de vue, elle est capable de nous donner satisfaction.

Nous suivrons, pour ce second ordre de recherches, les mêmes divisions que précédemment.

§ 1^er^. — *Insuffisance des textes législatifs sur la prise à partie*

La prévision, dans le premier paragraphe de l'article 505 du Code de procédure, de l'intention délictueuse comme condition essentielle de la prise à partie, pouvait avoir son utilité à une époque où l'action en responsabilité civile n'était qu'une forme de la répression disciplinaire ou pénale ; elle est, à l'heure présente, parfaitement oiseuse. De semblables défaillances, en effet, demeureront toujours la très rare exception dans un corps judiciaire aussi pénétré de ses devoirs qu'est le nôtre. Mais même en admettant pour un instant cette hypothèse, nous pouvons dire que, hormis les cas de fraude ou de concussion qui exigent certaines manœuvres matérielles, il sera presque toujours quasi impossible à la victime du dol du magistrat (et le dol sera probablement de toutes ces hypothèses la plus fréquente) d'en rapporter une preuve évidente. Car il est facile au dol, qui réside au fond dans une intention intime de nuire, de ne se point trahir au travers des moyens légaux qui en couvrent la réalisation.

Le premier grief qu'on peut donc adresser au paragraphe 1^er^ de l'article 505, c'est de se référer à des situations sans intérêt pratique.

Ce n'est pas l'unique d'ailleurs. On peut, en effet, lui reprocher en second lieu d'avoir enfermé ces situations

dans une formule restrictive qui, jointe à l'interprétation rigoureuse que ne manque pas d'en donner la jurisprudence, enlève toute souplesse à l'exercice de la responsabilité civile des magistrats et aboutit à assurer l'impunité des écarts les plus préjudiciables, pourvu qu'ils soient commis sans dol caractérisé.

C'est ainsi, pour n'en citer qu'un exemple, que des imputations diffamatoires insérées dans le prononcé d'une sentence n'impliquent aucun droit à réparation pour la partie diffamée, malgré le préjudice moral considérable qu'elle peut souffrir de ce fait, parce qu'il lui est impossible de relever dans ces allégations les traces du dol du juge (cf. *supra*, p. 133). De semblables situations, dont on peut multiplier l'exemple en recherchant les formes très nombreuses sous lesquelles se manifestent les fautes ou erreurs graves du juge [1], constituent dans la plupart des cas de véritables iniquités. Notre but n'est pas pour l'instant de discuter s'il est désirable ou non d'étendre la responsabilité civile des magistrats à la faute et à l'erreur lourde, mais simplement de montrer l'inconvénient d'un système qui n'admet point cette extension. C'est principalement d'ailleurs, ainsi que nous l'allons voir, à propos du paragraphe 2 de l'article 505, que cette question présente de l'intérêt.

Le paragraphe 2 de l'article 505, en effet, renvoie aux dispositions du Code d'instruction criminelle prononçant la prise à partie et notamment à celles relatives aux garanties de la liberté individuelle (art. 112). Il semblerait, au premier abord, que l'octroi de la prise à partie comme

1. « On en a vu (des juges) qui avaient une tendance excessive à apprécier, dans leurs jugements, la moralité des actes des justiciables, ce qui leur faisait décider, sans nécessité, de l'honneur des citoyens. D'autres livraient inutilement à la publicité de l'audience les détails intimes d'une correspondance qui aurait dû rester dans le secret des particuliers. On en a rencontré qui, assurés d'une facile victoire, dirigeaient, du haut de leur siège, des traits d'esprit contre l'accusé. » M. Morizot-Thibault, *Mémoire à l'Académie*, p. 575.

sanction des garanties de la liberté individuelle doive être un gage très sérieux et très efficace pour la sécurité des justiciables. Il n'en est rien cependant, et cela pour deux raisons : la menace de la prise à partie demeure inopérante en fait ; les prévisions de la loi sont ensuite manifestement incomplètes.

D'une part, en effet, « les commodités du service judiciaire [1] » conduisent trop souvent les magistrats à la nécessité de transgresser les formes légales prévues au chapitre VII, livre Ier du Code d'instruction criminelle ; c'est le cas par exemple pour les officiers du ministère public qui incarcèrent, « sur un simple ordre d'écrou, des inculpés qui n'ont pas été interrogés au préalable, remettant au lendemain le soin de rechercher s'ils sont coupables ou innocents [2]. » De même qu'en cette hypothèse la poursuite pénale en forfaiture, étant admise la force majeure, ne se conçoit pas, de même la poursuite civile en réparation serait des plus hasardées.

D'autre-part, les textes de garantie de la liberté individuelle laissent en dehors de leurs prévisions une foule de circonstances qui, surgissant à l'occasion de l'instruction des procès criminels, sont susceptibles de causer les plus graves dommages aux particuliers. A tel point que, sans sortir de la plus stricte légalité, on peut dire que le juge d'instruction dispose impunément de l'honneur et des biens des justiciables [3]. Ce peut être : la détention prolongée d'un petit commerçant qu'aucune nécessité n'impose et qui, pour légalement faite, n'en entraîne pas moins sa ruine [4] ; la saisie des lettres adressées à des prévenus par des tiers et concernant la réglementation urgente de questions d'intérêts ; la perte ou l'égarement d'un dossier,

1. M. Morizot-Thibault, *Mémoire*, p. 562.
2. Id , *ibid.*
3. Cf. M. Picot, *Revue des Deux Mondes* (15 juill. 1903), p. 247.
4. Conseiller Mourral, discussion rapport Lacoin, *Rev. pén.*, mai 1906, p. 696.

d'une pièce, d'où pouvaient résulter les preuves de l'innocence du prévenu [1].

Ces faits dommageables, dont la gravité n'échappe à personne, demeurent pourtant sans sanction, non seulement pénale puisque l'acte est légal, mais aussi civile parce que le dol en est absent. Et c'est pour nous une seconde occasion de regretter l'excessive rigidité du système de l'article 505, lequel, bannissant tout élargissement de la prise à partie pour faute, empêche l'interprète de suppléer au silence du Code d'instruction criminelle par l'application, à chacun de ces points particuliers, d'une responsabilité civile de principe à raison de tous les abus de pouvoir des magistrats.

Bien plus, si nous ajoutons à l'insuffisance du paragraphe 1er, à l'inobservation et aux lacunes du paragraphe 2, les prévisions des paragraphes 3 et 4 dont on peut dire sans crainte de se tromper qu'elles ne présentent pas, à l'heure actuelle, d'intérêt pratique bien immédiat [2], et si nous nous demandons après cela ce que vaut l'article 505, nous en voyons les défectuosités se manifester sous un double aspect :

1° L'article 505 contient une série de cas d'ouverture de

1. M. G. Picot, même discuss., *loc. cit.*, p. 680. Les abus des juges d'instruction dans les affaires connexes à des faits politiques ou électoraux ont été révélés récemment par une question de M. le sénateur Riou au garde des sceaux. M. Riou cite notamment l'affaire de l'assassinat du directeur de l'asile d'aliénés d'Aix, dans laquelle l'assassin put s'enfuir à l'étranger par suite des fautes du juge d'instruction, fautes suffisamment graves pour motiver, de la part du garde des sceaux, l'application des peines disciplinaires contre leur auteur. Cf. Sénat, 12 juin 1911. Dans *Journ. off.* du 13 juin 1911.

2. Notre intention n'est pas de nier le secours très réel que peut apporter, aux particuliers, la prise à partie pour la réparation du tort causé par certaines négligences du juge de paix (art. 15; 928 C. proc.); par l'immixtion des cours d'appel dans l'exécution des jugements des tribunaux de commerce (art. 647 C. comm.) (dispositions auxquelles renvoie le paragraphe 3 de l'art. 505), ou par le déni de justice que prévoit le paragraphe 4 de l'art. 505. Notre intention est seulement de marquer que ces hypothèses ne sont pas d'une réalisation très prochaine en l'état de nos mœurs judiciaires, et qu'assurément ce ne sont point elles qui sont appelées à causer les plus graves préjudices aux parties.

prise à partie sans rapport avec les exigences véritables de la sécurité des justiciables ;

2° L'article 505 laisse en dehors de ses prévisions des situations dommageables provenant du fait des magistrats et dont il importerait au plus haut point que les victimes obtiennent réparation.

§ 2. — *La procédure de la prise à partie*

A. *L'autorisation préalable.* — On a écrit de la prise à partie qu'elle était un véritable « dédale de procédure [1] ». Cette allégation se fonde en premier lieu sur la disposition de l'article 510 « qui exige l'autorisation préalable du tribunal appelé à juger et qui permet le refus sans motif exprimé [2] ».

De fait, le système de l'autorisation préalable ne se justifie guère théoriquement, comme le démontre M. Morizot-Thibault. « Lorsque je veux poursuivre mon adversaire, je m'adresse aux juges, dit cet éminent magistrat, j'ai en eux la plus grande confiance ; si j'ai tort, ils le diront ; si j'ai raison, ils me donneront raison. Si je rencontre sur ma voie un obstacle quelconque, c'est une entrave à l'exercice de mon droit; que s'il vient du corps même des magistrats, il peut donner lieu à suspicion, ce qui sera un double mal, le refus d'autorisation pouvant quelquefois prendre l'apparence d'un déni de justice [3]. » Il y a en effet une disproportion exorbitante entre la situation du magistrat, doublement protégé, et par l'autorisation préalable, et par les garanties multiples d'une procédure exceptionnelle d'une part et, d'autre part, la situation de sa victime dès l'abord soumise, dans sa plainte, au contrôle de juges dont la décision,

1. M. Lacoin dans son rapport, *Rev. pén*, juillet 1901, p. 1184.
2. Id., *ibid.*
3. M. Morizot-Thibault dans la discussion du rapport Lacoin, *Rev. pén.*, mai 1906, p. 688.

arbitraire et en dernier ressort, l'expose immédiatement à une forte amende et à tous dommages-intérêts (art. 513 C. proc.). Les auteurs du Code ont vraiment fait la part trop belle aux magistrats. Nous savons bien que dans leur système, l'imputation d'une intention dolosive ou d'une grave illégalité devant toujours être à la base de l'action en responsabilité, il importait de soustraire la bonne renommée des juges à de trop faciles poursuites et que, dans ces conditions, la critique de l'autorisation préalable apparaît inséparable de la prise à partie. Mais on ne peut s'empêcher de remarquer toutefois, ainsi que l'ont fait de savants auteurs à propos du décret de 1870 (cf. *supra*, p. 115), qu'il cesse d'y avoir harmonie entre la disparition de toutes les entraves apportées par les lois anciennes à la poursuite des fonctionnaires et la subsistance de l'autorisation préalable qui était bien, dans la pensée des auteurs du Code, une entrave inspirée de motifs analogues à ceux qui décidèrent, notamment, la rédaction de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. On peut ajouter en outre que l'autorisation préalable, système exclusivement français, n'a point trouvé d'imitation dans les législations étrangères [1], pourtant aussi préoccupées que la nôtre assurément de préserver, de toute atteinte, la dignité de leurs magistrats.

B. *Le privilège de juridiction.* — Le privilège de juridiction est la seconde particularité essentielle de la procédure de prise à partie. Bien loin de soulever des critiques, comme on pourrait peut-être le supposer au premier abord, il est généralement accepté par les adversaires de la prise à partie. C'est, à leur avis, « une chose excellente et pour le particulier et pour le magistrat poursuivi, parce que cette juridiction très élevée (Cour d'appel ou de cassation) aura l'indépendance nécessaire non seulement pour appli-

1. M. Morizot-Thibault, discuss. rapp. Lacoin, *Rev. pén.*, mai 1906, p 688.

quer sa sentence au magistrat, mais encore pour le défendre contre toutes les passions qui pourraient se produire au dehors [1]. »

D'aucuns vont même plus avant qui voient dans cette règle un désavantage beaucoup plus qu'un honneur pour les magistrats, « car ainsi ils sont privés de la garantie du double degré de juridiction. Puis, pour certains d'entre eux, il y a quelque chose de pénible à se voir ainsi mis en vedette par la poursuite [2]. »

Du moins, si le principe du privilège de juridiction est indiscuté, sa réglementation par le Code n'est point exempte de reproches. Le plus grave qu'on lui puisse faire, c'est d'obliger au renvoi par la Cour de cassation devant une autre Cour d'appel, toutes les fois que l'unité de chambre de la Cour d'appel rend impossible la constitution d'audience solennelle, exigée pour le jugement définitif de prise à partie (art. 515 C. proc.). Cette complication, qui tient d'ailleurs au jeu même de l'autorisation préalable, entraîne des « frais et lenteurs tels qu'il faut un courage surhumain pour entrer dans une pareille procédure [3]. »

§ 3. — Les dangers de la jurisprudence en matière de prise à partie

Nous avons cru pouvoir dégager dans la jurisprudence une double tendance à propos de la prise à partie : interprétation restrictive des cas d'ouverture de la prise à partie; extension de la prise à partie à tous les agents auxiliaires de la justice.

Pour déplorable que soit la première de ces tendances qui contribue à resserrer encore le cadre rigide de la prise

1. M Morizot-Thibault dans son *Mémoire*, p. 590; dans la discuss. rapp. Lacoin, *Rev. pén.*, mai 1906, p. 688.

2. M. Leloir, discuss. rapp. Lacoin, *Rev. pén* , 1906, p. 523.

3. M. Glasson, discuss. mémoire Moriz.-Thib., *Compte rendu de l'Académie*, p. 596.

à partie, à enlever à cette institution toute utilité pratique en face des besoins actuels de la société, nous ne nous croirions pas autorisé à la lui reprocher, puisqu'elle se fonde sur une compréhension très exacte de la loi, si, d'autre part, la jurisprudence ne forçait pas les mêmes prévisions légales pour en étendre le bénéfice à tous les auxiliaires, jusqu'aux plus humbles, du pouvoir judiciaire. Cette contradiction apparente dans l'attitude de la jurisprudence se rattache pourtant à un point de départ unique; à savoir le désir excessif qui possède nos magistrats de se défendre avant tout, eux et les leurs, sous le couvert d'une législation d'exception. Il y a là un fait profondément regrettable. Certes nous savons bien qu'il n'appartenait pas à la jurisprudence de substituer son œuvre à celle du législateur et de donner à la responsabilité civile des magistrats une élasticité que la conscience moderne réclame peut-être, mais qu'avaient répudiée expressément les auteurs de nos Codes. Du moins, nous estimons qu'elle eût pu se montrer plus réservée dans l'application qu'elle fit de la prise à partie.

En effet, si l'assimilation des magistrats du ministère public aux magistrats de jugement pour l'exercice de la prise à partie n'offre point, à notre avis, de difficultés (cf. *supra*, p. 145), il n'en est pas de même de celle des officiers de police judiciaire. On a vu là, avec raison, un véritable « péril pour la sûreté individuelle [1] », péril d'autant plus grand qu'on accorde ce privilège à des fonctionnaires « qui sont quelquefois des gens ignorants et passionnés [2] », non pas seulement *malgré* leur infériorité d'éducation professionnelle, mais bien, dans l'opinion de certains jurisconsultes, *à cause* de cette infériorité même [3]. Ce qui aboutit à couvrir ouvertement leur arbitraire. Les officiers de police judiciaire n'offrent point, en effet, pour com-

1. M. Morizot-Thibault, discuss. rapp. Lacoin, *Rev. pén.*, mai 1906, p. 695.
2. Id., *ibid.*
3. Cf. Labbé, *supra*, p. 148.

penser l'irresponsabilité dont ils jouissent, les garanties que l'éducation, la haute dignité de la fonction, les traditions d'honneur et d'indépendance du corps judiciaire peuvent nous faire présumer de tout magistrat proprement dit. Humbles fonctionnaires pour la plupart, dans la dépendance étroite du pouvoir exécutif comme est le préfet, ou soumis à toutes les suggestions des influences et des passions locales comme sont les commissaires de police, les gardes et surtout les maires, les officiers de police judiciaire plus que tous autres sont exposés à abuser de leurs pouvoirs soit inconsciemment, soit délibérément, sous l'empire de considérations absolument étrangères à leurs fonctions.

De ces abus, nous avons déjà rencontré quelques exemples dans le cours de notre étude, mais il en est un que nous avons réservé pour cette place, parce qu'il fait mieux éclater l'insuffisance des moyens de défense des parties, en regard des très graves dommages qu'ils peuvent souffrir de la part des officiers de police judiciaire.

C'est un commissaire de police de Dijon [1] qui, après une arrestation erronée pour ivresse publique d'une dame X., tombée en défaillance dans la rue, persiste à maintenir la pseudo-délinquante au violon toute une journée. Le soir venu, la dame X. succombe, faute de soins. Son mari et ses

1. L'actualité nous fournit un nouvel exemple de l'arbitraire des officiers de police judiciaire, et c'est encore d'un commissaire de la brigade mobile de Dijon qu'il s'agit. Il y a quelque temps, M. Dessertennes, sonneur et marguillier de l'église d'Igornay (Saône-et-Loire), était trouvé assommé et dévalisé dans le sanctuaire. Un journalier de la commune fut inculpé de ce meurtre et arrêté. L'instruction suivait son cours lorsque, brusquement, *sans aucun mandat d'amener*, le commissaire Fuzier, de la brigade mobile de Dijon, appréhendait l'abbé Larroue, curé d'Ignoray, et en même temps convoquait d'urgence les magistrats du parquet d'Autun pour procéder à son interrogatoire. Après audition des témoins, l'abbé Larroue qui, de l'aveu de ses adversaires politiques eux-mêmes, est au-dessus de tous les soupçons, fut immédiatement relâché. Il n'en avait pas moins subi l'ignominie d'une arrestation odieuse et d'une mise au secret toute une journée. Voir les journaux autour de la date du 23 octobre 1911 ; la *Croix*, l'*Éclair*, 24 octobre 1911.

enfants d'intenter aussitôt une action en dommages-intérêts contre le commissaire, et le tribunal civil de Dijon de se déclarer bien fondé pour en connaître. Mais survient un arrêt de la Cour de la même ville, en date du 21 février 1906, qui casse le jugement et déclare que, à part l'action civile jointe à l'action publique éventuelle d'homicide pour imprudence, seule la voie de la prise à partie est ouverte aux demandeurs, le fait incriminé se rapportant à l'exercice des fonctions d'un officier de police judiciaire [1].

Un commentateur de cet arrêt [2] ne peut « se défendre d'admirer comme les magistrats manient habilement l'ironie », car, au lieu d'accorder aux plaideurs « la seule voie qui pourrait leur permettre de trouver un juge » : le droit commun, ils les réduisent à employer pour leur défense ces procédures qu'ils se plaisent à appeler protectrices, sans doute parce qu'elles placent les justiciables à leur merci. De fait, l'action civile, jointe à l'action publique, est subordonnée à l'ouverture de cette dernière, qui est elle-même subordonnée à l'initiative exclusive du procureur général (art. 483 C. i. cr.). Quant à la prise à partie, connaissant ses difficultés, ses dangers et ses longueurs, nous pouvons dire qu'il faut être vraiment un plaideur entêté de son droit pour oser l'affronter dans de telles circonstances. Voilà donc, prise sur le fait, une espèce dans laquelle les particuliers se trouvent abandonnés, sans moyens de défense utiles, aux méfaits d'un officier de police judiciaire. Elle n'a, malheureusement, rien d'exceptionnel.

Nous avons déjà eu l'occasion de signaler quelques arrêts soumettant aux formes de la prise à partie toutes les poursuites civiles intentées contre des maires, à raison d'actes accomplis en qualité d'officiers de police judiciaire.

1. *Gazette des tribunaux*, 1906, 2e semestre, IIe partie, p. 7.
2. M. Raphaël Rougier, *Rev. pén.*, juin 1906, p. 902.

Il n'est point téméraire d'avancer que les maires, surtout dans les humbles communes, se laissent trop facilement conduire, jusque dans l'exercice de leurs fonctions, par des considérations auxquelles le souci de leur réélection ou le désir de satisfaire à de vieilles rancunes personnelles ne sont peut-être point totalement étrangers. Cette tendance se traduit dans les actes par mille petites tracasseries dont il est oiseux de donner le détail, mais va-t-on dire que chaque fois que les maires auront pris soin de les couvrir d'une apparence de légalité, sous prétexte de mesures de police judiciaire, leurs victimes devront mettre en mouvement la lourde procédure de la prise à partie pour leur en faire rendre raison ? La jurisprudence, qui l'admet, assure leur entière impunité, car quel plaideur aurait la témérité de courir les risques de ce recours pour obtenir la réparation du préjudice, souvent léger, de la dénonciation ou de la perquisition arbitraire d'un maire, par exemple.

Et le même raisonnement s'applique à tous les excès des officiers de police judiciaire inférieurs : gardes champêtres, forestiers et particuliers. Peut-on envisager sans invraisemblance cette hypothèse d'une cour d'appel statuant gravement, en audience solennelle, après autorisation préalable, après un renvoi dûment prononcé par la Cour de cassation peut-être, sur les quelques francs de dommages-intérêts qu'on réclame, pour saisie arbitraire d'un fusil ou d'une pièce de gibier, à un garde forestier ou même à un garde particulier. C'est à cela pourtant qu'aboutit directement la jurisprudence de la Cour suprême elle-même (cf. Cass., 4 mai 1880 précité [1]).

Que si l'on envisage maintenant la même obligation, édictée par la jurisprudence la plus récente, de se servir exclusivement de la prise à partie dans le cas où le préfet agit en vertu de l'article 10 du Code d'instruction crimi-

1. Page 152, note 5.

nelle, on ne tarde point à découvrir qu'il y a là une certitude d'impunité pour les plus graves attentats qui puissent menacer la liberté des individus. Certes, nous savons bien que l'article 10, ce « souvenir d'une autre époque [1] », n'est pas d'un usage courant ; mais la rareté de son emploi, loin de diminuer l'intérêt de la question, ne fait que le préciser, car c'est généralement aux époques troublées et pour des motifs d'ordre politique que les préfets, comme le démontre encore le dernier emploi qu'on en fit en 1899 [2], sur l'ordre du pouvoir central, l'invoquent. De la sorte, les magistrats appelés à autoriser l'ouverture de l'action en prise à partie, devront posséder une très réelle indépendance pour laisser suivre leur cours aux réclamations des particuliers contre les irrégularités possibles d'arrestations dont le gouvernement a eu l'initiative et dont il porte toute la responsabilité morale. De cette courageuse indépendance, les magistrats feront-ils preuve toujours ou, au contraire, ne se déroberont-ils pas derrière l'arbitraire de l'autorisation préalable pour étouffer dans son germe toute protestation des citoyens ? C'est ce qu'il ne nous appartient pas de préjuger. Tout ce que nous sommes autorisé à dire, c'est que la jurisprudence, avec la prise à partie et l'autorisation préalable qui en découle, conduit les magistrats à de telles situations, extrêmement délicates, dont la sécurité des particuliers ne sortira peut-être pas sans dommages.

1. M. Ribot, discours au Sénat, 9 févr. 1909, *Journ. off.*, 10 févr. 1909.

2. Dans la nuit du 11 août 1899, sur l'ordre de M. Waldeck-Rousseau, ministre de l'intérieur, soixante-quinze personnes étaient arrêtées, et plus de cent visites domiciliaires étaient opérées, selon les formes de l'art. 10 du Code d'instruction criminelle. De ces arrestations, faites pour un motif politique, trois seulement aboutirent à une condamnation; les autres entraînèrent une détention qui fut d'un mois au minimum (cf. Hubert Valleroux : Les garanties de nos libertés. *Rev. pén.*, juill.-oct. 1903, p. 1267). L'art. 10 fut l'objet de très vives critiques ces dernières années, et son abrogation fut votée par le Sénat dans l'art. 1er de la loi sur les garanties de la liberté individuelle, le 2 mars 1909 (*Journ. off.*, 3 mars 1909).

Des conséquences aussi périlleuses devraient suffire à rendre plus réservée une jurisprudence qui n'a même pas pour elle le mérite de donner une interprétation certaine de la loi. En fait, loin de l'amender, les décisions les plus récentes ne font qu'accentuer ses dangers en étendant jusqu'aux consuls et aux notaires vérificateurs d'études la protection de la prise à partie. Le moment paraît donc venu de mettre un terme à ce mouvement jurisprudentiel qui tend à dresser une barrière infranchissable devant la poursuite civile, non seulement des juges, mais de tous ceux qui, de loin ou de près, sont leurs auxiliaires ou, pour certaines matières, leurs suppléants.

§ 4. — *Les résultats de la prise à partie*

Au demeurant, s'il pouvait subsister un doute au sujet de l'insuffisance flagrante du système de la prise à partie, rien ne serait susceptible de le mieux dissiper, à notre avis, que la nullité des résultats auxquels a abouti tout ce système.

La prise à partie a fait, en effet, ces derniers temps, l'objet de discussions très approfondies dans certaines réunions de sociétés savantes : Académie des sciences morales et politiques, Société générale des prisons, qui comptent à la fois des adversaires et des partisans de cette institution. Or, on a pu entendre, à plusieurs reprises, dans ces discussions, des auteurs dont la science juridique est incontestée, affirmer, sans soulever aucune protestation, qu'ils ne connaissaient pas d'exemple, depuis la mise en vigueur du Code de procédure, de prise à partie qui ait abouti à la condamnation en dommages-intérêts du juge [1].

La conclusion à tirer de là, dirons-nous avec M. Lacoin,

1. M. Garçon, discuss. rapp. Lacoin, *Rev. pén.*, mars 1901, p. 451. M. Morizot-Thibault, dans son *Mémoire*, p. 571. M. Lacoin dans son rapport, *Rev. pén.*, juill. 1901, p. 1178 et 1184.

n'est pas assurément qu'il ne s'est présenté durant ce siècle aucun cas de défaillance d'un juge, ni surtout aucun cas d'arrestation illégale ou arbitraire, mais bien que chaque fois les justiciables ont échoué devant l'obstination des magistrats à défendre, de toute atteinte, la présomption d'impeccabilité dont ils se font un point d'honneur de voir entourer leurs personnes et leurs décisions.

CHAPITRE II

PROJETS DE RÉFORME

SECTION Ire

Intérêt d'une réforme

§ 1er. — *L'irresponsabilité de fait des magistrats*

D'une façon générale et indépendamment de toute autre considération, il y a un intérêt social de premier ordre à assurer une responsabilité effective des magistrats envers les particuliers. C'est une règle de justice et de bon ordre public, nous l'avons vu, que la dignité de la fonction ne peut servir à couvrir les abus des magistrats ni à les exempter de la légitime réparation qu'ils doivent à leurs victimes. A ce seul point de vue, les lacunes et les défectuosités de la prise à partie, dont nous avons vu le détail dans le chapitre précédent, appellent donc l'amendement de notre système de responsabilité civile des magistrats.

Mais ce qui ajoute encore à l'utilité d'une telle réforme, c'est qu'elle se lie intimement aujourd'hui à la solution d'un problème général particulièrement intéressant : celui de la responsabilité des magistrats. Défectueux sur le point de leur responsabilité civile, notre système légal l'est également sur le point de la responsabilité pénale ou

disciplinaire des magistrats, et semblable état de choses ne va pas sans porter de graves atteintes, non seulement à l'ordre social, mais encore aux principes démocratiques qui doivent présider au fonctionnement de nos institutions.

Pénalement d'abord : d'une part, les prescriptions des articles 479 et 483 du Code d'instruction criminelle [1] qui accordent au seul procureur général le soin de provoquer la poursuite et qui, de ce fait, organisent, peut-on dire, « le déni de justice mis à la disposition du parquet [2] » ; d'autre part, l'exagération de la loi [3] qui fait de tout attentat à la liberté un crime, punissable au même titre et dans les mêmes conditions que les forfaitures les plus graves (art. 114 C. i. cr.), démontre clairement que les justiciables, loin de rencontrer ici un moyen utile de défense pour leur liberté, voient surgir devant eux les mêmes obstacles qu'au civil.

Quant à l'action disciplinaire, action toute platonique qui ne doit aboutir qu'à une sanction purement professionnelle, sa mise en œuvre est subordonnée, elle aussi, à la décision d'une autorité étrangère à la partie, celle du

1. L'art. 479 du Code d'instruction criminelle est aussi exorbitant en matière d'instruction criminelle que l'autorisation préalable en matière de prise à partie. C'est un véritable piège pour les victimes des abus des magistrats qui, si le procureur général refuse (comme c'est son droit absolu) de donner suite à la plainte dont il a été saisi par elles, peuvent se voir poursuivre à leur tour pour dénonciation calomnieuse. Leur seule ressource pour échapper à une condamnation sera d'établir, autant que faire se pourra, leur bonne foi (cf. Le Poittevin, discuss. rapp. Lacoin, *Rev. pén.*, juill. 1901, p. 1187). Aussi l'art. 479 fit-il l'objet de plusieurs projets de réforme ces années dernières. Voir notamment les propositions de loi Léonce de Castelnau, Rudelle et J. Auffray, en 1905; Gourju, en 1902. Sur ce point, consulter discuss. rapp. Lacoin, année 1906, mars, avril, mai.

2. Rapport Lacoin, *Rev. pén.*, mars 1906, p. 402.

3. M. Garçon écrit, dans ce sens, que les dispositions de l'art. 114 du Code pénal, punissant de la dégradation civique les attentats à la liberté, sont bien exagérées. « Il y a des violations trop légères pour mériter un renvoi en assises, et quel jury prononcerait, pour une simple illégalité, la dégradation civique? » *Rev. pén.*, juill. 1901, p. 1156.

garde des sceaux, pour laquelle ce dernier jouit d'une entière liberté d'appréciation. C'est l'*ultima ratio* du citoyen qui réclame justice ; or, l'on aperçoit combien illusoire et aléatoire se trouve ici encore son recours. En effet, l'action disciplinaire, « c'est le régime du bon plaisir des chefs », et c'est bien plus souvent la politique que la justice qui en décide [1]. De plus, lorsqu'elle réussit, les répressions subséquentes « que le mystère entoure [2] » n'apportent aucune réparation, même morale, au préjudice engendré par la faute du magistrat.

De la sorte, les difficultés, les dangers et l'insuffisance de la responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats convergent fatalement vers ce résultat que « ligoté par la loi, repoussé à l'audience, bâillonné, l'homme injustement atteint se débat contre ses chaînes, veut arracher le bâillon, et il crie. N'ayant pas à sa disposition la barre, il se dirige vers le bureau de rédaction [3]. » C'est alors la campagne de presse [4] qui commence avec ses attaques inté-

1. Rapport Lacoin, juill. 1901. *Rev. pén.*, p. 1182 et suiv.

2. Id., *ibid.*, p. 1178. M. G. Picot, dans la discuss. du rapp. Lacoin de 1906 (*Rev. pén.*, 1906, p. 679), disait dans le même sens : « J'ai connu des retraites qui ont été ainsi prononcées, sans bruit.... »

3. M. Chenu, discuss. rapp. Lacoin, *Rev. pén.*, mai 1906, p. 655.

4. C'est ainsi que tout récemment, dans les mois de février et mars 1911, deux cas d'arrestation arbitraire ont été signalés par la presse. Le premier, que mirent en lumière des articles du *Journal*, est celui de l'arrestation d'une honorable femme d'employé de chemin de fer, Mme Mercadé, de Tours, appréhendée à tort sous l'inculpation ignominieuse d'entôlage, par suite d'une confusion du juge d'instruction, relative aux indications de la police des mœurs. Incarcérée, soumise à la visite, elle n'eut pas de peine à faire éclater son entière innocence dès son premier interrogatoire qui, d'ailleurs, n'eut lieu que trente heures seulement après son arrestation, et sur les prières réitérées de la mère et du mari de l'inculpée. Cet incident fit l'objet d'une question de M. le député Bouyssou au garde des sceaux, à la séance de la Chambre du 17 février 1911 (*Journ. off.*, 18 févr. 1911. Débats parl., p. 761). Le second cas est l'arrestation de M. Victor Deltenre, à Paris, que les journaux parisiens révélèrent à l'attention du public (*Journal*, 10 mars 1911 ; *Patrie*, 10 mars 1911). Une certaine obscurité ne cessa de planer sur les conditions dans lesquelles elle fut opérée, sur la légalité de la détention et des interrogatoires. Finalement, après une mise en liberté qui intervint sous la pression de l'opinion, quinze jours après l'arrestation, la poursuite aboutit à un acquittement

ressées et son influence démoralisatrice. Dans les cas les plus heureux, cette campagne provoque une question ou une interpellation au garde des sceaux, qui se résolvent en promesse de projets de lois, de circulaires, de retraits de l'instruction aux juges fautifs ; dans d'autres cas, où l'erreur matérielle, si grossière soit-elle, ne contrevient à aucun texte, les magistrats prétendent se retrancher derrière la légalité stricte de leur procédure, la justice suit son cours, quitte à aboutir à un acquittement devant l'impossibilité d'établir soit la culpabilité du prévenu, soit même le corps du délit. En toute hypothèse, l'imagination du public est frappée, les passions politiques s'emparent du fait, le grossissent, l'exploitent contre les hommes ou contre les institutions et, avec la généralisation hâtive de la foule, c'est l'honorabilité du corps judiciaire tout entier qui se trouve frappée de discrédit. Si bien qu'en définitive, par son excès de précautions, la loi provoque indirectement des inconvénients beaucoup plus considérables que ceux qu'elle voulait prévenir.

Cependant, l'irresponsabilité des magistrats n'est pas seulement un danger pour l'ordre public, c'est aussi une anomalie dans notre régime politique. En effet, qu'on l'envisage du point de vue social ou du point de vue individuel, cette irresponsabilité blesse également l'idéal démocratique, dont prétendent s'inspirer les gouvernements modernes.

Au point de vue social, s'il est vrai que « tout pouvoir suppose aujourd'hui la responsabilité [1] » et que cette responsabilité, contrepoids de l'autorité déléguée aux fonctionnaires, est essentielle au bon exercice de la puissance publique, l'autorité judiciaire, par l'irresponsabilité complète dont elle jouit en fait, bénéficie d'un privilège con-

par le tribunal correctionnel, en date du 25 mars 1911, le corps du délit n'ayant pu être établi.

1. M. Morizot-Thibault, *Mémoire*, p. 575. M. Picot affirme, dans le même sens, que c'est « la responsabilité du fonctionnaire qui fait son autorité » (discuss. rapp. Lacoin, *Rev. pén.*, mai 1906, p. 982).

traire aux principes les plus élémentaires des gouvernements démocratiques.

De même au point de vue de l'individu, étant admis que la liberté de l'individu est le bien primordial dont l'État moderne doit s'appliquer par-dessus tout à protéger ou à défendre l'intégrité, comme « il n'y a pas d'autre moyen de fonder la liberté dans l'État que d'intéresser personnellement les fonctionnaires à la respecter [1] », on comprend de quel danger est pour la sécurité des individus l'irresponsabilité des fonctionnaires judiciaires.

Pour toutes ces raisons, une réforme s'impose [2]. Il faut rendre effective la responsabilité des magistrats.

§ 2 — *La responsabilité civile des magistrats, solution du problème général de leur irresponsabilité*

Lorsqu'on examine le problème dans son ensemble et sous son triple aspect de la responsabilité pénale, disciplinaire ou civile, on parvient aisément à se convaincre que la solution se trouve essentiellement dans la restauration de la responsabilité des magistrats.

Les résultats qu'on escompte de l'établissement de la responsabilité des magistrats se résument ainsi en effet : prévenir les abus ; les réparer. Or, la responsabilité pénale, de même que la responsabilité disciplinaire, ne peuvent satisfaire pleinement à ce double desideratum. D'une part,

1. M. Morizot-Thibault, *Mémoire*, p. 594.

2. Dénoncer, avec M. Larnaude, comme « un signe des temps » ou l'indice d'une situation qui ne serait pas « parfaitement saine » « cette levée de boucliers contre la magistrature » et « cette explosion de mécontentement qui pousse les esprits, même les plus modérés, à réclamer des mesures qui constituent un acte de défiance véritable » (discuss. rapp. Lacoin, *Rev. pén.*, mai 1906, p. 657), n'est point résoudre le problème, c'est seulement en préciser l'urgence. C'est parce que la situation n'est pas « parfaitement saine » qu'il importe d'y porter remède, et ce n'est point en se scandalisant du trouble social qui se révèle qu'on s'en dispensera. Mieux vaut rechercher hardiment, là où elle se trouve, la source du mal, que de s'attarder à condamner les désordres (si désordres il y a, en l'espèce) par lesquels il se manifeste.

la responsabilité pénale ne prévoit que les abus les plus graves, dans lesquels entre en jeu l'intention dolosive de l'agent, de telle façon même que trop souvent, en cette matière, « l'énormité de la peine équivaut à l'impunité [1] » ; d'autre part, l'action disciplinaire ne réprime que des abus moindres, d'une catégorie spéciale : la faute professionnelle. Nous savons bien que ces deux actions, avec leur champ d'exercice nettement défini, se complètent l'une l'autre et qu'en les combinant et en les amendant on arriverait certainement à prévenir d'une façon complète et efficace (surtout peut-être par la menace des peines disciplinaires) les excès des magistrats. Mais il reste que ces deux actions, tout en réparant, l'une, le préjudice souffert par la société, l'autre, celui souffert par l'honneur de la profession, laissent hors de leurs prévisions la réparation du dommage causé aux particuliers.

A cela, seule l'action civile en dommages-intérêts pourvoit sous une forme pratique et précise [2] » ; et l'on peut dire que c'est sur elle, à l'heure actuelle, que doit porter toute notre attention. Car, nous nous trouvons à un tournant de l'histoire de la responsabilité des magistrats. Nous avons déjà exposé comment ce problème, qui a toujours été et « sera toujours lié aux principes généraux de la politique [3] », fut résolu jadis par la royauté de l'ancien régime dans le sens d'une responsabilité où prédominait l'élément pénal et disciplinaire et dont l'élément de responsabilité civile n'était que l'accessoire ou le supplément. Les temps, les institutions et les mœurs ont changé depuis lors. A l'heure actuelle, la responsabilité pénale des magistrats ne peut que tendre à devenir de plus en plus exceptionnelle, à raison du niveau moral qu'on a le droit de présumer toujours en progrès dans un corps d'élite

1. M. G. Picot, discuss. rapp. Lacoin, *Rev. pén.*, mai 1906, p. 678.
2. Id., *Revue des Deux Mondes* (15 juill. 1903), p. 260.
3. M. Morizot-Thibault, *Mémoire*, p. 578.

comme est le corps judiciaire ; quant à la responsabilité disciplinaire [1], si pratique qu'elle puisse devenir par sa souplesse, si efficace par la crainte qu'elle inspirera, elle ne réussira jamais à compenser exactement le dommage, surtout le dommage matériel, occasionné. Or, c'est à cette réparation qu'on doit tendre principalement à l'heure actuelle, parce qu'elle est la seule qui puisse sanctionner pleinement les fautes professionnelles, les plus nombreuses par conséquent, et qui, les sanctionnant, soit susceptible de réparer à la fois le trouble apporté à la société ou l'offense à l'honneur du corps judiciaire, et le préjudice souffert par les particuliers. Car les dommages-intérêts, auxquels elle aboutit, peuvent parfaitement revêtir pour celui qui les encourt le caractère d'une peine pécuniaire, au même titre qu'une amende ou une privation de traitement et, comme tels, avoir une portée préventive incontestable. Leur grand avantage, enfin, c'est d'apporter un remède à l'injustice directement dans le dédommagement de la personne qui en fut atteinte ; de constituer « un moyen flexible, susceptible d'être appliqué aux fautes les plus simples comme aux faits les plus graves et qui indemnise la victime en frappant le magistrat selon le degré de sa faute [2]. »

Nous avions donc raison de dire que si l'on veut résoudre le problème de la responsabilité des magistrats, et si on le veut résoudre en harmonie avec les besoins sociaux et les aspirations démocratiques de l'époque contemporaine, c'est à la réforme de leur responsabilité civile qu'on doit s'appliquer.

Le vieil édifice de la prise à partie se condamne de lui-

1. L'insuffisance de l'action disciplinaire comme solution de la responsabilité des magistrats a été affirmée dans les conclusions de la première section de la Société générale des prisons, à la suite des discussions du rapport Lacoin. *Rev. pén.*, juill. 1901, p. 1158 et 1159.

2. M. Morizot-Thibault, *Mémoire*, p. 563 et 564.

même. Élevé au cours des siècles, mi-partie par la royauté qui le dirigeait comme une arme contre les magistrats, et mi-partie par les parlements qui en voulaient faire une défense contre les entreprises royales (c'est l'histoire de l'autorisation préalable par exemple), ce système perdait toute sa raison d'être au moment de la Révolution, et le Code de procédure, en l'homologuant, ne fit qu'entourer la poursuite des magistrats, déjà trop enclins à se justifier eux-mêmes en toute occurrence, d'une barrière quasi insurmontable. Tous les inconvénients de la prise à partie, nous les avons vus, nous n'y reviendrons pas. La seule conclusion qu'on en puisse tirer, c'est qu'il faut y porter remède ; c'est qu'il faut substituer à ce système désuet un autre système. Quel sera donc cet autre système ? Nous allons maintenant le rechercher.

SECTION II

Esquisse d'une réforme

La question qui se pose, dès le début, consiste à se demander s'il convient de soustraire ou non la responsabilité civile des magistrats aux règles du droit commun. Nous avons vu en effet que la défense de la liberté et des droits de l'individu est devenue le pivot de la conception nouvelle de cette responsabilité. Il n'y a donc aucune invraisemblance à examiner et à discuter l'hypothèse où l'on accorderait à l'individu, contre les abus des magistrats, la même protection que celle dont il est couvert vis-à-vis des abus de n'importe quel autre de ses semblables, l'idée d'une responsabilité objective uniquement fondée sur le dommage, se substituant à l'idée d'une responsabilité subjective fondée sur la considération personnelle de l'auteur du dommage.

A vrai dire, la solution n'est point aisée. Si le point de

vue de la défense individuelle des citoyens est devenu prépondérant dans la conception moderne de la responsabilité civile des magistrats, tous les auteurs s'accordent pourtant à déclarer qu'il n'est point unique et que les magistrats ne doivent pas être livrés, sans garantie, aux libres poursuites de leurs justiciables. Le juge en effet, de par sa mission même, est destiné à « léser trop d'intérêts pour n'être pas en butte à d'incessantes et injustes récriminations [1] » ; aussi c'est pour le défendre de ces entreprises téméraires et lui « laisser la sérénité nécessaire à l'exercice de ses fonctions [2] » que le législateur doit continuer de pourvoir à sa protection.

Or il y a deux façons générales, l'une et l'autre employées par le Code, de protéger le magistrat qu'on rend responsable ; c'est : pour le fond d'abord, de limiter strictement sa responsabilité à des cas exceptionnels; pour la forme ensuite, d'entourer sa poursuite de dispositions restrictives spéciales.

Convient-il de perpétuer ou non cette double dérogation au droit commun de la responsabilité civile et de la procédure et, s'il le convient, dans quelle mesure ? Telle est donc bien la question qui se pose devant nous.

§ 1er. — *Le droit commun de la responsabilité civile*

Doit-on appliquer ou non le droit commun de la responsabilité civile aux magistrats ?

Ce droit commun est contenu dans l'article 1382 du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à au- « trui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est « arrivé à le réparer. » Cette définition obscure et insuffisante, qui embrasse à la fois le délit et le quasi-délit civil, a été complétée par les soins de la doctrine et de la jurisprudence qui élaborèrent la théorie générale de la faute.

1. Rapport Lacoin, *Rev. pén.*, juill. 1901, p. 1176.
2. M. Morizot-Thibault, discuss. rapp. Lacoin, mai 1906, *Rev. pén.*, p. 689.

Pour donner lieu à l'action en réparation de l'article 1382, deux conditions, d'après elles, sont nécessaires :

1° Que l'acte posé par l'agent soit non pas « quelconque », mais illicite ;

2° Qu'il y ait un dommage causé du fait de cet acte dans la personne ou les biens du plaignant.

1re condition : on doit relever une faute chez l'agent [1], c'est-à-dire une manière d'être ou d'agir illicite, consistant essentiellement dans la lésion du droit d'autrui. Cette lésion *de droit* (une simple lésion d'intérêt ne suffirait pas [2]) peut se manifester de deux façons : soit par « une atteinte matérielle au droit d'autrui », soit par « la violation d'un devoir corrélatif au droit d'autrui [3] », que ce droit d'autrui ait sa source dans un contrat ou dans une obligation légale déterminée ou indéterminée [4]. Quant à sa forme externe, la lésion de droit peut se traduire indifféremment par un acte positif (violation d'une obligation de ne pas faire) ou par un acte négatif, une omission (violation d'une obligation de faire [5]).

Il résulte de tout cela « que la lésion du droit ne peut jamais provenir de l'usage normal d'un droit [6] ». Mais à ce point de vue, il importe de bien distinguer l'usage normal du droit toujours licite et ce qu'on a appelé, improprement peut-être [7], l'usage abusif du droit, qui n'est au fond qu'un dépassement de droit, parfaitement susceptible de léser le droit d'autrui.

1. « La théorie actuelle du droit français ne peut faire de doute : pas de responsabilité sans faute. » Jos. Willems, *Essai sur la responsabilité civile* (Paris, Louvain, 1896, in-8), p. 28. Même sens : Planiol, *Traité élémentaire de droit civil* (4e édit., Paris, 1907), t. II, n° 863 *ter*.

2. Jos. Willems, *loc. cit.*, p. 28.

3. M. van Biervliet, dans son rapport à la commission belge de revision, cité par J. Willems, *loc. cit.*, p. 44.

4. M. Planiol, *loc. cit.*, nos 864 et suiv.

5. Id., *ibid.*, n° 866 ; J. Willems, *loc. cit.*, p. 15.

6. M. van Biervliet, cité par J. Willems, *loc. cit.*, p. 45.

7. M. Planiol, *loc. cit.*, n° 871.

Si l'on se demande maintenant quelle part doit être faite à l'intention de nuire dans la détermination juridique de la faute, on ne tardera pas à s'apercevoir que la présence de cette intention dolosive importe peu. C'est la conséquence de la position prise par le Code dans l'établissement de sa théorie de la responsabilité civile qu'il n'a pas voulue purement subjective à raison de l'intention dolosive de l'agent, mais par-dessus tout réparatrice, objective, à raison du dommage causé [1]. On ne doit donc tenir aucun compte théoriquement de la bonne ou de la mauvaise foi de l'agent, car ce n'est point d'elle que dépend la licéité ou l'illicéité de l'acte, seule source du droit à réparation. Dans l'un et l'autre cas, qu'il y ait délit civil ou quasi-délit civil, la réparation se mesure également à l'importance du préjudice [2], sans aucune considération du degré de la faute [3].

2e *condition :* la lésion de droit doit causer un préjudice. La lésion de droit, bien que distincte du préjudice comme la cause l'est de l'effet, doit se rencontrer avec lui pour constituer la faute au sens juridique du mot, c'est-à-dire au sens de fait générateur de droit. C'est en effet pour le préjudice, et pour le trouble social subséquent, que le législateur se préoccupe d'assurer la réparation de la faute ; et l'on peut ajouter que, faisant un pas de plus dans cette voie de la réparation, c'est uniquement au préjudice, fait

1. « Bien qu'il en reconnût la nécessité abstraite, ce fut pour le Code une obligation inéluctable de réduire sans cesse le rôle de l'élément intentionnel dans la responsabilité. S'il a fait de la faute une notion quelque peu contradictoire, c'est qu'il en voulait faire une notion pratique, d'application facile. La faute sera donc moins un « état d'âme » impossible à connaître, qu'une notion abstraite, *culpa in abstracto* ». H. Germette, *Essai sur les rapports de l'élément intentionnel et de l'élément matériel dans la responsabilité civile* (Paris, 1903, in-8), p. 200. « L'action en dommages-intérêts du Code Napoléon est purement réparatrice, patrimoniale. Le texte, la place de notre matière dans le Code, les travaux préparatoires, tout indique l'intention du législateur de réparer, non de punir. » Van Biervliet, cité par J. Willems, *loc. cit.*, p. 71.

2. M. Planiol, *loc. cit.*, nos 817 et 871.

3. Jos. Willems, *loc. cit.*, p. 30 et 71 et suiv.

extérieur et patent, que le législateur du Code s'est attaché [1].

Quant à sa compréhension, le préjudice doit s'entendre au sens large de toute atteinte portée « à la situation matérielle ou morale d'une personne [2] ».

Telle est la consistance de la faute qu'il était nécessaire de rappeler. Il suffit, pour que l'action en indemnité de l'article 1382 soit mise en œuvre, de pouvoir imputer la faute à son auteur, l'imputabilité étant « le caractère de l'acte en vertu duquel celui-ci peut être attribué à une personne raisonnable et libre, dans le cas incriminé [3] ».

Considérons maintenant à la lumière de ces principes la situation du magistrat. Doit-on lui appliquer sans réserve le droit commun, en vertu de cette idée qu'exprimait Lespinasse, que l'obligation de réparation « s'impose plus rigoureusement aux dépositaires de l'autorité publique qu'aux particuliers, parce que.... chargés de protéger leurs concitoyens, ils encourent un blâme plus sévère quand ils leur causent du dommage [4] ? » Quelle serait la portée d'une telle réforme ?

L'extension du droit commun aux magistrats ne saurait, tout d'abord, évidemment avoir pour résultat de les obliger à réparer le préjudice qu'occasionne nécessairement à certains justiciables l'exercice normal et régulier de leur ministère. Cela ne fait aucune difficulté, puisque pour ouvrir une action en responsabilité, le dommage subi doit être illicite et que, par définition, l'usage normal d'une fonction et des droits supérieurs qui y sont attachés ne peut être illicite.

1. M. Planiol, *loc. cit.*, n° 867.

2. J. Willems, *loc. cit.*, p. 16.

3. J. Willems, *loc. cit.*, p. 35. Il y a pourtant une tendance dans la doctrine contemporaine à substituer à l'idée d'imputabilité morale le simple rapport de causalité comme base de la responsabilité. Cf. Planiol, *loc. cit.*, n° 878.

4. Lespinasse, De la prise à partie, *Revue critique de législ.*, t. IX, 1880, p. 588.

Mais que se passerait-il au cas où le juge aurait failli involontairement (si c'était volontairement, il y aurait dol, et la question serait tranchée) en fait ou en droit ?

On peut penser qu'en l'espèce l'extension du droit commun aurait pour effet de rendre applicables aux juges des règles de responsabilité professionnelle analogues à celles qui, fondées sur l'article 1382, sanctionnent l'exercice des professions libérales. Certes, nous savons bien qu'il n'y a point identité absolue de situation entre le ministère du juge et celui de l'officier ministériel par exemple, ou de l'avocat, ou du médecin. L'officier ministériel a la faculté soit de refuser ses services, soit d'attendre d'être légalement requis pour dégager sa responsabilité d'un acte qui lui apparaîtrait en dehors de la sphère normale de sa compétence ou dangereux pour l'intérêt de ses clients ; l'avocat et le médecin peuvent aussi se récuser ou formuler des réserves avant d'entreprendre un procès ou un traitement qu'ils estiment aléatoire. Le juge, au contraire, est toujours tenu de prendre une décision, sous peine de déni de justice, cela même dans les espèces les plus nouvelles et les plus difficiles. Peut-être serait-on tenté de déduire de là qu'il ne jouit pas toujours d'une liberté d'esprit suffisante pour qu'on puisse lui imputer sans réserves la pleine responsabilité de ses actes judiciaires. Ce serait une erreur. La différence de situation qu'on invoquerait ainsi, — et qui se rattache à une autre différence primordiale consistant en ce que les premiers, les occupants des professions libérales, agissent en vertu de contrats privés, librement passés entre eux et leurs clients, tandis que le juge, fonctionnaire public, agit en vertu d'un mandat direct de la société [1], — ne soulève pas d'objection réelle.

1. Peut-être pourrait-on soulever aussi, à propos de cette différence dans la source des obligations du juge et des occupants des professions libérales, l'ancienne distinction entre la faute contractuelle et la faute délictuelle, la première étant plus proprement le fait des occupants des professions libérales,

Du jour, en effet, où il embrasse la carrière judiciaire, le juge, qui est libre alors, en assume de son plein gré tous les risques, et entre autres celui qui est lié à la solution des procès difficiles. Il se trouve, en somme, dans la situation du médecin qui, après avoir entrepris le traitement d'un malade, se voit acculé à quelque problème particulièrement délicat; au chirurgien qui, au milieu de l'opération, aperçoit des complications imprévues. En face de telles circonstances, médecin et chirurgien doivent agir quand même. C'est la conséquence de l'obligation qu'ils ont assumée vis-à-vis de leur client, et toute négligence, tout abandon à ce moment leur serait compté. Il en est de même du juge. Il est vrai que l'obligation de juger qui pèse sur lui est légale au lieu d'être conventionnelle, qu'elle a une portée générale et qu'elle est entourée, pour des raisons extrinsèques d'ordre public, de sanctions particulièrement sévères. Toutes ces circonstances, qui en modifient l'aspect, restent sans influence sur le fond des choses et l'on peut dire, sous ces réserves, que la situation du juge est, au point de vue des conditions d'imputabilité, l'équivalente de celle des personnes exerçant les professions libérales.

D'un autre côté, il est entre les professions libérales et les fonctions de juge ce point commun que les unes et les autres supposent également la mise en œuvre des plus hautes facultés intellectuelles et morales de l'individu ; qu'elles exigent les mêmes qualités de prudence et de décision ; qu'elles exposent aux mêmes risques et que leurs

la seconde étant la seule qu'on puisse relever contre les magistrats. Cette distinction, si elle était fondée, rendrait impossible, par les différences d'appréciation, de preuve et de répression qu'on en fait découler, l'assimilation de ces deux catégories de personnes au point de vue de la responsabilité. Mais cette objection disparaît dès qu'on se rend au raisonnement très persuasif de M. Planiol, qui ramène toute faute à la violation d'une obligation préexistante et pour lequel la qualification de faute contractuelle ou délictuelle, *sans influer en rien sur la nature de la faute*, ne fait que désigner la nature, soit conventionnelle, soit légale, de l'obligation violée. Cf. Planiol, *loc. cit.*, n^os^ 864; 873 et suiv.

œuvres sont soumises à la même précarité puisque émanées d'hommes également faillibles.

Toutes ces considérations nous conduisent à penser qu'il n'y aurait point *a priori* d'impossibilité à ce que la même responsabilité de droit commun sanctionnât l'exercice des unes et des autres, pourvu, bien entendu, que cette assimilation n'apportât par ailleurs aucune atteinte aux prérogatives attachées à la fonction du juge ni aucune entrave à son exercice.

Or nous allons voir que le système du droit commun satisfait pleinement à cette double condition. Prenons, pour plus de précision, la comparaison qui cadre le mieux avec la situation du juge, celle du médecin [1]. Le médecin va-t-il répondre, aux termes de l'article 1382, de toutes les fautes, de toutes les erreurs, sans distinction, qu'il commet dans l'exercice de sa profession ? Nullement. Pour se rendre un compte exact des limites de sa responsabilité, il suffit de déterminer quel est l'objet de l'obligation qui le lie envers son client et dont la violation est, avec le préjudice causé, l'élément essentiel de la faute. Que doit donc le médecin ? Ses soins, c'est-à-dire l'assistance de son art, et pas autre chose. Seules, par conséquent, ses défaillances dans cette assistance, ses négligences, peuvent lui être imputables, et non ses erreurs de diagnostic, car le médecin n'est pas débiteur envers son malade d'une santé qu'il n'est pas dans ses moyens de promettre ni de donner.

C'est la même distinction que Jos. Willems formule, en d'autres termes, lorsqu'il dit que, « d'après l'opinion communément reçue et suivie en jurisprudence, le médecin doit être rendu responsable de la faute qu'il commet en tant qu'homme, chaque fois qu'il contrevient aux règles du bon

1. L'exemple de l'avocat pourrait être examiné avec tout autant de profit. Par la part très large d'initiative qui lui est départie, l'avocat, comme le médecin, occupe une situation très proche de celle du juge, beaucoup plus proche que celle de l'officier ministériel notamment.

sens ; si au contraire il agit comme praticien, dans la limite de son art et avec la conscience de son opinion, il ne peut être tenu de répondre de ses actes [1]. »

Rapprochons maintenant de cette situation celle du magistrat. Demandons-nous, comme pour le médecin, ce qui fait l'objet de cette obligations spéciale qu'on appelle communément le devoir professionnel et qui, par l'intermédiaire de la société, lie le juge envers ses justiciables. On a coutume de dire que le juge doit la justice. Mais ce serait une exagération d'entendre par là que toutes ses décisions doivent contenir une formule certaine de justice, consacrer une reconnaissance parfaitement adéquate du droit des parties. Le juge ne doit pas la justice *in abstracto*, la justice absolue ; il ne doit qu'une justice relative, la justice la meilleure. Il doit être juste ou, si l'on préfère, équitable. Exiger autre chose de lui serait méconnaître les limites de l'entendement humain et serait aussi absurde et vain qu'exiger du médecin la guérison, ou de l'avocat le gain du procès. La loi, d'ailleurs, a constaté officiellement cette possibilité d'insuffisance de la décision judiciaire et c'est — à défaut de remède efficace [2] — pour y suppléer qu'elle a, soit sous la forme de l'autorité de chose jugée, soit par l'absence pure et simple de toute voie de recours, couvert l'acte du magistrat de sa propre autorité, le rendant obligatoirement acceptable par tous.

Le juge doit donc être équitable. Cela signifie qu'il doit faire preuve des qualités d'indépendance [3] ou d'impartia-

1. J. Willems, *loc. cit.*, p. 49. Cet auteur cite un arrêt de la cour de Liège, du 30 juill. 1890, qui consacre en termes exprès cette règle.

2. Le seul remède est l'appel, qui ne fait que diminuer les risques d'erreur sans les supprimer entièrement, et que reculer l'échéance de l'autorité de la chose jugée.

3. L'indépendance, non seulement vis-à-vis des sollicitations extérieures, mais aussi vis-à-vis de soi-même, est peut-être la première qualité du juge. Elle est le remède à cette prévention, si pernicieuse à la bonne administration de la justice, dont d'Aguesseau croyait trouver la source dans les « mille mouvements secrets qui nous échappent à nous-mêmes, nous surprennent ou nous

lité, de prudence, d'attention, de réflexion, de science juridique [1], etc., qui sont indispensables à l'élaboration d'une décision conforme à la justice. Et c'est la seule transgression de ce devoir, de cette obligation, qui est susceptible de créer la faute personnelle et d'ouvrir l'action en indemnité.

Ici encore, par conséquent, nous retrouvons la distinction, aperçue lors de notre examen de la responsabilité du médecin, de la faute personnelle et de la faute de profession ou de fonction ; distinction qui, transposée en matière de responsabilité des magistrats, présente l'avantage de cadrer très exactement avec la division en fautes personnelles et fautes de service qui sert déjà de fondement à la théorie générale de la responsabilité des fonctionnaires.

Ainsi déterminée, la responsabilité civile du magistrat, bien que jouant d'après les règles du droit commun, n'empiète en aucune façon sur le caractère public du juge, puisqu'elle laisse hors de ses prévisions tout ce qui constitue une faute de fonction, et notamment les erreurs de jugement. Car c'est là, à notre avis, un point essentiel que le magistrat ne doit pas être tenu pour responsable de ses fautes de fonction, qu'elles se révèlent à l'occasion de jugements proprement dits ou même de simples actes d'instruction.

L'irresponsabilité du magistrat pour mal jugé est en général incontestée à l'heure actuelle [2]. Sa nécessité a été

trahissent ; et, soit impression étrangère, soit séduction domestique », font que « nous voyons souvent ce qui n'est pas, et que nous découvrons rarement ce qui est. » Chancelier d'Aguesseau, Œuvres, édit. Falconnet, t. I, p. 310. *17e mercuriale* (Saint-Martin 1714).

1. « Si, parmi les devoirs des particuliers, il est nécessaire qu'ils soient instruits de ceux qui regardent leur conduite dans la société commune et dans le public, il est bien plus important que les juges, qui doivent contenir les particuliers dans l'ordre de cette société, soient eux-mêmes instruits des règles qu'ils doivent savoir pour garder cet ordre. » Domat, *Harangue prononcée aux assises de 1670.* Œuvres (édit. Remy, Paris, 1830), t. I, p. 38

2. Dans un discours sur *la réforme de la magistrature,* prononcé à la

suffisamment démontrée lors de notre étude historique pour qu'il soit inutile d'y revenir. Et l'on peut vraiment dire, à ce point de vue, avec M. Esmein, qu' « au lieu que le progrès nous ramène à la responsabilité du juge, il nous en éloigne de plus en plus [1]. »

Nous allons plus loin. Nous croyons que même sous l'empire du droit commun, l'irresponsabilité de principe du magistrat pour ses actes d'instruction, qui est indispensable à l'ordre public, doit persister. L'acte d'instruction auquel participe le juge, en effet, se pose devant lui dans les mêmes conditions qu'un jugement, il exige l'appoint des mêmes qualités pour éviter les omissions préjudiciables à la vérité ou les détours susceptibles d'égarer la sentence ; c'est, en somme, un jugement avant la lettre, exposé aux mêmes imperfections qu'un véritable jugement [2]. Cette similitude est tellement frappante que des actes d'instruction revêtent les formes mêmes des jugements, comme le jugement ordonnant l'enquête, ou des formes analogues, comme l'ordonnance du juge d'instruction sur la liberté provisoire. Nous estimons, par conséquent, que le magistrat doit bénéficier à raison d'eux de la même immunité qu'à raison des jugements, car c'est pour

Ligue des droits de l'homme par M. Martial Bergeron, l'orateur demande pourtant catégoriquement de « laisser au juge qui décide toute la responsabilité morale et effective de la décision prononcée » (une broch. in-8 éditée par le journal *la Loi*, Paris, 1908), p. 10. Mais c'est là une tentative absolument isolée.

1. M. Esmein, dans la discussion du mémoire Morizot-Thibault, *Compte rendu de l'Académie*, p. 599.

2. Un auteur anonyme, un magistrat probablement, établit très judicieusement ce caractère de l'acte d'instruction en matière criminelle spécialement : « L'innocence est un *a priori*, dit-il. C'est le monsieur qui passe, dont personne n'a à s'occuper et à qui personne n'a de compte à demander. Qu'irait-on chercher à son sujet? Si un moment vient où le magistrat doit s'occuper de quelqu'un, c'est lorsque des témoignages accusateurs se seront produits, des faits significatifs, des indices plus ou moins probants qu'il faudra recueillir, vérifier et comparer. Que sera cette opération, sinon la recherche de la culpabilité et de l'innocence tout à la fois, c'est-à-dire la recherche de la vérité. » *Des attaques contre la magistrature* (une brochure anonyme, Aix, 1901, discours), p. 22.

lui une même question de « diagnostic » qui se pose et l'on ne peut lui faire grief de ses erreurs d'appréciation.

Cela a son importance, surtout en matière d'instruction criminelle, où le juge est appelé à prendre, de sa propre initiative, des mesures susceptibles de préjudicier considérablement à l'honneur et à la fortune des citoyens. On serait presque tenté, en face des abus auxquels peut si facilement donner lieu l'usage des mandats d'arrestation, de réclamer, qu'en l'absence de toute autre voie légale de recours, le juge d'instruction en porte l'entière responsabilité. Mais une telle mesure, qui d'ailleurs serait en contradiction avec les principes que nous venons d'exposer plus haut, pourrait présenter en outre le grave inconvénient de paralyser la répression par la crainte que la menace de la responsabilité serait susceptible d'inspirer aux juges d'instruction [1]. C'est pour eviter ce danger qu'une telle éventualité a toujours été rigoureusement écartée par les auteurs, qui s'accordent généralement à proclamer l'irresponsabilité du juge d'instruction pour ses erreurs d'appréciation, soit en fait, soit en droit.

L'erreur d'appréciation sur un point de fait constitue, de la part du juge d'instruction, l'acte arbitraire, c'est-à-dire « celui qui, par son côté extérieur, est très légalement accompli, que le magistrat, par conséquent, avait le droit d'accomplir, mais dont les circonstances ne justifiaient pas moralement l'emploi [2]. » C'est le cas le plus généralement prévu par les auteurs et qu'ils envisagent habituellement lorsqu'ils affirment la nécessité de l'irresponsabilité du juge d'instruction [3]. Mais l'erreur d'appréciation peut

1. M. Lacoin dans son rapport, M. Larnaude dans la discussion, *Rev. pén.*, juill. 1901, p. 1150 et 1176.

2. Conclusions de la 1re Section générale des prisons, relativement aux garanties de la liberté individuelle. *Rev. pén.*, juill. 1901, p. 1156.

3. « Je crois qu'il faut écarter, en principe, le cas d'erreur, dit à ce sujet M. Jolly dans la discussion du rapport Lacoin (*Rev. pén*, mai 1906, p. 685).

aussi porter sur un point de droit, sur l'interprétation d'un texte légal, et il n'y a pas de raison pour couvrir de la même irresponsabilité ces illégalités [1].

Ainsi se trouve ménagée, dans le droit commun, cette sauvegarde essentielle qu'est le principe de l'irresponsabilité des magistrats à raison des actes de leurs fonctions. Mais cette irresponsabilité a une limite qui se mesure à la nécessité d'assurer le fonctionnement normal du pouvoir judiciaire. Toute faute personnelle, dès lors qu'elle constitue une violation des obligations du juge, est hors de cette limite et autorise la victime à en demander raison à son auteur. A ce second point de vue de la réparation, le droit commun nous offre la solution la plus efficace et la plus rationnelle qui soit.

En premier lieu, en effet, par sa compréhension très large de la faute, le droit commun permettra d'atteindre toutes les situations les plus variées dans lesquelles se manifeste la faute personnelle du juge. Ce sera d'abord le dol, la fraude ou la concussion, prévus au premier paragraphe de l'article 505 du Code de procédure et qui constituent en même temps des quasi-délits civils. Ce seront ensuite tous les faits dommageables : erreurs, retards, offenses, illégalités, attentats à la liberté individuelle, etc., impliquant une négligence caractérisée, une imprudence, un manque de bon sens, d'exactitude ou de réflexion de la part du juge. Ainsi les justiciables se trouveront suffisamment armés contre tous les abus du magistrat.

En second lieu, le droit commun offrira l'avantage d'ac-

A moins de proclamer l'infaillibilité de la justice, on doit reconnaître au juge d'instruction le droit de se tromper. Il ne peut agir à coup sûr, et s'il encourait, lorsqu'il s'est trompé dans une instruction, une responsabilité quelconque, on provoquerait chez lui une timidité qui pourrait aller jusqu'à l'inaction, et sa fonction n'aurait plus de raison d'être. » Même sens, MM. Garçon, Le Poittevin, discuss. rapp. Lacoin. *Rev. pén.*, juill. 1901, p. 1150 et suiv.

1. M. Larnaude, discuss. rapp. Lacoin, *Rev. pén.*, juill. 1901, p. 1157.

corder réparation de toute faute, quelle qu'elle soit [1]. Car, si le plaignant ne peut être admis en sa demande qu'à raison d'un fait qui soit une faute personnelle du juge, il doit, par contre, pouvoir escompter réparation de toute faute présentant ce caractère, quels qu'en soient la nature ou le degré. Cette façon de résoudre le problème est, en effet, la seule qui satisfasse aux desiderata de l'époque actuelle sur la responsabilité des magistrats ; la seule aussi qui s'harmonise pleinement avec la conception moderne de la réparation des fautes. Cela soit dit par opposition à ces systèmes assez nombreux [2] qui proposent de distinguer entre la faute grossière et la faute légère, entre l'erreur inexcusable et l'erreur excusable, accordant l'action en indemnité dans le premier cas, la refusant dans le second et réintroduisant, tout en ayant l'air de réformer, un élément subjectif, d'inspiration disciplinaire, dans l'appréciation de la responsabilité des magistrats.

Pratiquement, nous le voulons bien, ces systèmes conduisent au même résultat que celui du droit commun ;

1. On pourrait ajouter aussi : et quelle qu'en soit la victime. Car la considération de sa culpabilité ou de son innocence, le cas échéant (pour la réparation des illégalités, par exemple), ne doit pas évidemment entrer en ligne de compte dans l'établissement du principe de la responsabilité. C'est encore là un point sur lequel le droit commun donne pleine satisfaction. La seule influence qu'on puisse attribuer à cette considération serait d'être un élément d'appréciation dans l'évaluation du dommage. En ce sens, MM. Brégeault et Garçon, discuss. rapport Lacoin, juill. 1901, *Rev. pén.*, p. 1158.

2. M. Lacoin dans son rapport (*Rev. pén.*, juill. 1901, p. 1184 ; 1192 et 1193), M. Le Poittevin dans la discussion (*Rev. pén.*, ibid , p. 1190 et suiv.), M. Glasson dans la discussion du mémoire Morizot-Thibault (*Compte rendu de l'Académie*, p. 596), proposaient, dans ce sens, l'extension des cas de prise à partie à la faute grossière professionnelle. Cette extension faisait aussi l'objet de l'art. 22 de la proposition de loi Clémenceau sur les garanties de la liberté individuelle, et fut reprise plus récemment dans le projet de loi sur le même objet voté en première et seconde lecture par le Sénat les 9 février et 2 mars 1909 (art. 7 modifiant art. 505 C. proc.).

M. Jolly, d'autre part (discuss. rapport Lacoin, *Rev. pén.*, mai 1900, p. 685), après M. Larnaude (*ibid.*, juill. 1901, p. 1157), proposait de distinguer l'erreur simple de l'erreur grossière qui constituerait la faute lourde professionnelle, susceptible d'ouvrir l'action en indemnité.

parce que, la plupart du temps, la faute grossière correspond au fait même que nous appelons faute personnelle, et la faute légère pourrait souvent aussi être appelée faute de fonction [1]. Mais étant donné que cette concordance n'a rien de nécessaire ni d'absolu, il nous semble préférable, dans l'établissement d'une action en responsabilité, de ne s'attacher, selon l'esprit du droit moderne, qu'à l'élément objectif du dommage. Qui dit action en responsabilité dit action en réparation ; or, la réparation ne se mesure pas à la faute, mais au dommage, et comme à la faute légère peut correspondre grave dommage et à faute grave léger dommage, le vrai moyen de ne point s'égarer, c'est de s'arrêter uniquement à la considération du dommage.

Telle serait l'économie d'une réforme basée sur l'extension de la responsabilité civile de droit commun aux magistrats. Elle présenterait l'avantage d'harmoniser leur situation, tout en respectant les légitimes prérogatives de la fonction judiciaire, avec celle des autres fonctionnaires publics et de répondre exactement aux besoins de la cons-

1. M. Hanriou, dans des notes du Sirey, soutint, à plusieurs reprises, la concordance absolue de la faute lourde et de la faute personnelle ; de la faute légère et de la faute de service ou de fonction (trib. conflits, 26 juin 1897. S., 98, III, 49. Id., 20 janv. 1900. S., 00, III, 88). Dans la seconde de ces notes il écrivait : « La faute lourde est déclarée séparable ou détachable de l'acte administratif, et, par conséquent, peut entraîner la condamnation du fonctionnaire par le tribunal judiciaire ; la faute légère n'est pas détachable de l'acte, elle ne constitue qu'un *fait de service*, qui demeure administratif, et dont il n'appartient pas au tribunal judiciaire de connaître, parce qu'en somme, ce qui doit être soustrait à son appréciation, ce n'est pas l'acte administratif idéal, parfait, pur de tout mélange, c'est l'acte administratif réel, imparfait, comme il l'est toujours, mêlé de quelque négligence ou de quelque erreur. »

Mais, dans une annotation d'un arrêt ultérieur du 27 février 1902 (S., 05, III, 17), M. Hanriou sembla abandonner cette façon de penser, et déclara « que le *fait de service* n'est pas toujours une faute légère », et qu' « il faudra s'en tenir, pour le *fait personnel*, à la définition qu'en donne M. Laferrière, c'est-à-dire le caractériser par l'apparition des passions personnelles de l'agent. Il ne faudra plus parler de faute lourde. »

En ce dernier sens, M. Duguit : « A notre avis, écrit cet auteur dans son *Manuel de droit constitutionnel* (p. 460), le degré de la faute peut influer sur l'étendue de la responsabilité ; il n'aura aucune conséquence sur le principe même de cette responsabilité. »

cience juridique moderne [1]. Sans doute, nous n'ignorons pas qu'elle tient en réserve un point particulièrement délicat dans la distinction de la faute personnelle et de la faute de fonction. Mais cette distinction, qu'on rencontre déjà en matière de responsabilité civile des fonctionnaires, est plus subtile en apparence qu'en réalité.

Les travaux concertés de la doctrine et de la jurisprudence nous offrent à ce sujet les éléments d'un criterium dont il sera aisé de faire l'application aux fautes des magistrats. « Il se crée dans les administrations, dans les services publics, écrit M. Hanriou, sous un arrêt du Tribunal des conflits du 26 juin 1897 [2], certaines traditions d'activité moyenne, de diligence moyenne, d'urbanité moyenne ; les actes qui restent dans cette moyenne demeurent par là même des actes de fonction, et, s'ils entraînent des préjudices pour les administrés, il faut s'en prendre bien moins à un fonctionnaire déterminé qu'à l'administration elle-même ; ils constituent l'accident administratif, corrélatif au risque administratif, et, si une indemnité est due, elle le sera par l'administration elle-même, qui sera censée avoir assuré l'ensemble des administrés contre cette sorte de risque ou d'accident. Mais les actes qui sont au-dessous de cette moyenne, par la maladresse ou la méchanceté particulière qu'ils révèlent, ne sont plus des actes de fonction ; l'administration n'en est plus responsable. C'est le fonctionnaire seul, ou plutôt, même pas le fonctionnaire, l'homme ; car, en sortant de sa fonction, l'agent est sorti

1. M. Morizot-Thibault écrivait, à peu près dans le même sens, que la faute manifeste « donne suffisamment, par son ampleur, à l'idée de justice en permettant d'atteindre tous les cas, et elle couvre encore suffisamment le juge en n'exigeant des magistrats qu'une prudence inférieure à celle du commun des hommes » (*Mémoire*, p. 588).

C'est le seul système, en effet, qui coordonne d'une façon satisfaisante les vœux des auteurs contemporains épars au travers des discussions récentes. Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter aux références que nous avons données dans les notes précédentes.

2. S., 98, III, 49.

de sa qualité de fonctionnaire, et ce n'est plus qu'un homme qui en a injurié, diffamé, ruiné, blessé ou tué un autre par un acte illicite. »

Il suffira donc de se demander dans la pratique, d'après les circonstances de la cause, si, comme dit M. Duguit, le fonctionnaire a agi ou non « dans l'esprit de sa fonction [1] », si le fait dommageable du magistrat implique ou non une violation manifeste de ses obligations professionnelles [2]. Dans le premier cas, il y a faute personnelle et l'action en dommages-intérêts est ouverte. Dans le second cas, il y a faute de fonction, irresponsabilité du magistrat, mais aussi, le cas échéant, responsabilité civile de l'État.

L'extension de la responsabilité de droit commun ne fut guère réclamée, à notre connaissance, en termes explicites, que par M. Garçon [3] : « L'article 1382, le droit commun, dit cet auteur, devraient être appliqués aux magistrats. » Le professeur complète sa pensée d'une phrase qui serait quelque peu contradictoire, étant donné que le degré de la faute ne doit pas entrer en ligne de compte pour l'établissement du droit à réparation d'après le droit commun, s'il n'était permis d'y voir une ébauche de la distinction entre la faute personnelle et la faute de fonction, que préciseront d'ailleurs les lignes suivantes : « Ainsi, il est évident que l'erreur de droit excusable n'entraînerait aucune responsabilité. » Puis il ajoute : « Mais pourquoi en serait-il du magistrat autrement que du médecin ou du chirurgien qui sont responsables suivant des principes dont il y aurait lieu d'appliquer les analogues à notre matière ? Le chirurgien qui, au milieu d'une opération, abandonne son malade,

1. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, p. 459.

2. Cf. *C. civ. allemand*, art. 839 : « Le fonctionnaire qui, intentionnellement ou par négligence, viole un *devoir professionnel* lui incombant vis-à-vis d'un tiers, doit réparer, vis-à-vis de celui-ci, le dommage causé.... »

3. M. Garçon, discuss rapp. Lacoin, *Rev. pén.*, juill. 1901, p. 1186.

est responsable ; si le magistrat commet une erreur ou une faute qui n'est excusable en aucune manière, pourquoi resterait-il irresponsable ? »

M. Morizot-Thibault, dans son mémoire [1], aboutit aussi indirectement au droit commun. Il admet, en effet, la pleine responsabilité du magistrat pour toute faute manifeste, volontaire ou involontaire, exception faite des erreurs de droit, avec cette réserve que la faute involontaire qui léserait gravement et directement l'intérêt social (violation de la liberté individuelle, par exemple) constituerait en outre un délit-contravention répressible par une amende.

Le rapport de la commission d'enquête parlementaire sur l'affaire Humbert [2], déposé le 28 novembre 1905, concluait, lui aussi, à ce que, pour rendre effective la responsabilité des magistrats, « la procédure de la prise à partie soit modifiée complètement en ne limitant pas les cas dans lesquels elle peut être exercée » : ce qui équivaut à réclamer, confusément sans aucun doute, le droit commun.

Il convient de rapprocher enfin du système du droit commun les vœux émis par M. Larnaude au cours des séances de la Société générale des prisons [3], et par M. Briand, garde des sceaux, au cours de la discussion du projet de loi sur la liberté individuelle [4]. Il y aurait lieu, dans cette opinion, d'instituer pour les magistrats une responsabilité analogue à celle des autres fonctionnaires, fondée sur la distinction de la faute personnelle et de la faute de fonction.

Mais ce ne sont là que des efforts isolés. La grande majorité des auteurs, en effet, s'est surtout préoccupée du caractère de la faute du juge, mesurant sa responsabilité à la gravité de la défaillance et n'accordant l'action en réparation qu'à raison de la faute lourde.

1. M. Morizot-Thibault, *Mémoire*, p. 578 à 580.
2. Cité par P. Tirard, *De la responsabilité de la puissance publique* (Paris, 1906, in-8), p. 49.
3. M. Larnaude, *Rev. pén.*, juill. 1901, p. 1185.
4. Séance du Sénat, 9 févr. 1909, *Journ. off.*, 10 févr., doc. parl., p. 94.

Dalloz rapporte déjà cette vieille opinion d'après laquelle le magistrat qui siégerait en l'ignorance du droit ne serait pas « plus excusable que le notaire, l'avocat ou l'avoué qui, par de graves erreurs, compromet l'intérêt de ses clients ». Cette opinion, qui invoquait uniquement des moyens de droit pour arriver à cette assimilation, fut confirmée par un arrêt de la Cour de cassation du 23 juillet 1806 [1].

Ce ne fut là, pourtant, qu'un accident dans l'histoire jurisprudentielle de la prise à partie. Les tribunaux ne tardèrent pas à se ressaisir, et leur interprétation restrictive, confirmée par la doctrine [2], demeura sans soulever de contradictions sérieuses jusqu'aux premières années du xx^{e} siècle. A cette époque, les discussions de l'Académie des sciences morales et politiques et de la Société générale des prisons révélèrent l'élaboration de cette opinion transactionnelle qui consiste à abandonner aux partisans de l'immunité des magistrats la réparation des fautes légères, pour obtenir d'eux la concession de la réparation des fautes lourdes ou grossières. Nous avons déjà eu l'occasion de signaler les nombreux systèmes qu'elle engendre et l'inélégance de leur solution. Ce fut cette conception pourtant qui prévalut au cours des travaux parlementaires relatifs au projet de loi sur les garanties de la liberté individuelle, et qui fut consacrée dans le vote de ce projet en première et seconde lecture par le Sénat, les 9 février et 2 mars 1909 (art. 7 modifiant art. 505 C. proc.).

Certes, nous ne faisons aucune difficulté pour reconnaître qu'une telle consécration législative, qui passe aux yeux de ses partisans eux-mêmes pour être « un saut dans

1. Dalloz, *Rép.*, « Prise à partie », n° 10 et note 1.

2. M. Glasson, entre autres, n'écrivait-il pas : « Il est mauvais et dangereux de permettre de prendre à partie un magistrat, sous un prétexte quelconque, par exemple pour une prétendue faute » (article précité, *Revue critique*, t. III (nouv. série), p. 388).

l'inconnu [1] » et où ils se félicitent de voir « quelque chose comme une révolution [2], » marquerait, malgré ses imperfections, un effort très louable pour rendre effective la responsabilité des magistrats. Mais nous persistons à croire que cet effort porterait à faux. Outre son inharmonie avec les principes juridiques de la réparation des dommages, l'inconsistance même de la faute grave professionnelle, la difficulté d'en établir un criterium certain et uniforme, seraient destinées, avec la résistance qu'on peut présumer de la part de la jurisprudence, à conduire sans doute à de graves mécomptes.

§ 2. — *Les peines civiles spéciales aux magistrats, complémentaires du droit commun*

Au reste, à supposer même que la responsabilité civile des magistrats s'exerce désormais d'après les règles du droit commun, on peut se demander s'il est utile de sanctionner, comme le font les articles auxquels renvoient les paragraphes 2, 3, 4 de l'article 505 du Code de procédure, les diverses illégalités particulièrement graves auxquelles sont exposés les magistrats.

En principe, d'après le système du droit commun, l'illégalité n'ouvre l'action en indemnité qu'autant qu'elle constitue une faute personnelle du juge. Dans tous les autres cas, où elle est faute de fonction, elle demeure non susceptible de poursuite civile. Or, cette distinction peut paraître ouvrir une immunité trop large pour certaines illégalités commises en violation des prescriptions intéressant directement l'intérêt social. C'est pour y remédier que l'introduction dans ces textes de pénalités civiles, dont la menace constituerait un avertissement permanent pour le

1. M. Larnaude, discuss. rapport Lacoin, *Rev. pén.*, juill. 1901, p. 1186.
2. M. Ribot, discours au Sénat, 9 février 1909 (*Journ. off.*, doc. parl., 10 févr., p. 92).

magistrat, peut sembler désirable, et il n'y a rien là, hâtons-nous de le dire, qui ne soit conciliable avec le système du droit commun. Rien ne s'oppose, en effet, à ce que l'on conserve, parallèlement au droit commun et comme complément du droit commun, le principe des dommages-intérêts pour illégalités, en retenant même, si on le juge à propos, l'ancienne division en trois chefs : violations de la liberté individuelle ; nullités de procédure ; dénis de justice.

Le principe ainsi posé met entre les mains du législateur le moyen de réaliser, sous chacune des rubriques précitées, un système complet de garanties pour les citoyens en rapport avec les besoins du moment.

Nous n'avons pas à entrer dans le détail de toutes les réformes désirables dont un tel système donne la clé. Cela dépasserait évidemment le cadre de notre étude. Nous nous contenterons simplement de signaler qu'au point de vue des violations de la liberté individuelle, le projet de loi, déjà cité, des 9 février et 3 mars 1909, contenant fusion des propositions Monis (janvier 1904), Clemenceau (16 décembre 1904), et s'inspirant des projets de Ramel (5 décembre 1898) et Cruppi (3 février 1905), complète heureusement dans son article 2 les prescriptions du Code d'instruction criminelle, en attachant par exemple la peine des dommages-intérêts à l'inobservation, par les magistrats, des conditions nouvelles de la liberté provisoire réorganisée, ou des saisies, visites et perquisitions domiciliaires.

De même, au point de vue des nullités de procédure, nous laisserons à d'autres le soin de rechercher s'il n'y aurait pas des dispositions plus intéressantes à sanctionner de la peine des dommages-intérêts que celles prévues par les articles 15 et 928 du Code de procédure, ou 647 du Code de commerce.

Quant au déni de justice, peut-être pourrait-on, pour

plus d'efficacité, en étendre l'application non seulement au refus catégorique de juger les affaires en état, mais aussi, comme d'aucuns le réclament [1], à toute négligence du juge, du fait de laquelle la solution d'un litige aura été retardée.

§ 3. — *La réforme de la procédure*

Le grand principe qui doit dominer l'établissement de la procédure de poursuite civile des magistrats peut se résumer dans cette maxime : ne pas livrer les magistrats à la discrétion du plaideur.

Le magistrat n'est pas un citoyen comme un autre. C'est un fonctionnaire. Il détient une parcelle de l'autorité publique et, comme tel, il est amené, par l'usage de ses pouvoirs de décision et de contrainte, à déplaire à un grand nombre. Il faut donc le soustraire aux récriminations des mécontents et surtout il faut empêcher ces derniers de pouvoir trop facilement revêtir leurs doléances des formes légales de poursuite et, sous prétexte de prise à partie, de rendre impossible le régulier exercice du pouvoir judiciaire. Hors de toute considération de privilège honorifique, la simple justice et l'ordre public exigent par conséquent que le magistrat ne soit pas placé, pour sa poursuite civile, sur le même pied que le premier venu de ses justiciables. Cette règle, généralement incontestée, doit même être affirmée d'autant plus expressément qu'on tend à élargir davantage la responsabilité civile des magistrats, car il n'est pas de tentation plus forte pour les citoyens que celle qui les porte à abuser des moyens de défense qu'on leur octroie, en les pliant au service de toutes leurs rancunes et de toutes leurs révoltes [2].

1. Raoul de la Grasserie, *Plan d'une réorganisation scientifique et pratique de la magistrature* (une broch., Paris, 1907), p. 35, art. 153.

2. Dans le même sens, M. Morizot-Thibault, dans la discuss. du rapp. Lacoin, *Rev. pén.*, mai 1906, p. 689.

Or une dérogation à la procédure de la poursuite peut se concevoir de deux façons différentes :

Par la réunion de formes exceptionnelles constituant autant d'obstacles au libre développement de la poursuite.

Par l'attribution de sanctions pénales particulières à l'échec de la poursuite.

Le Code de procédure a employé l'une et l'autre de ces manières : la première, dans l'institution de l'autorisation préalable et du privilège de juridiction; la seconde, dans l'établissement de l'amende de folle poursuite. Convient-il de maintenir intégralement ce système ? C'est ce à quoi nous allons essayer de répondre.

Faut-il conserver l'autorisation préalable ? Nous nous rappelons les critiques très vives soulevées par l'autorisation préalable. Le plus sérieux grief qu'on lui puisse imputer, c'est de soumettre dès l'abord la plainte du demandeur « au contrôle de juges dont la décision arbitraire et en dernier ressort l'expose immédiatement à une forte amende et à tous dommages-intérêts. » C'est donc à écarter cet inconvénient que tendirent les efforts d'un assez grand nombre d'auteurs contemporains, pénétrés de cette idée que « faciliter aux plaignants l'accès de la justice, c'est peut-être l'œuvre la plus démocratique qui puisse être accomplie [1] ».

Dans ce but, ils proposèrent : soit le maintien du système actuel, mais avec l'obligation pour la juridiction saisie de la requête de motiver son ordonnance [2] et l'introduction de débats publics où la présence du demandeur, de son avocat et du ministère public était de droit [3]; soit l'organisation au civil comme au criminel (pour la constitution de

1. G. Picot, *Revue des Deux Mondes* (15 juill. 1903), p. 265.
2. M. Le Poittevin, discuss. rapp. Lacoin, *Rev. pén.*, juill. 1901, p. 1187.
3. M. Ribot, discuss. rapp. Lacoin, *Rev. pén.*, juill. 1901, p. 1187; M. G. Picot, *ibid.*, mai 1906, p. 680.

partie civile [1]) d'une requête au premier président [2], qui sera répondue, après débats contradictoires, par ordonnance motivée et dont appel sera possible devant la chambre des requêtes de la Cour de cassation ou devant la chambre des mises en accusation [3], selon les cas.

C'est dans ce dernier sens que se prononce le projet de loi sur la liberté individuelle [4], voté au Sénat en février-mars 1909, dans son article 7 (modifiant art. 510 C. proc.) qui est ainsi conçu : « Néanmoins aucun magistrat ne pourra être pris à partie sans une autorisation préalable du premier président qui statuera après avoir pris l'avis du procureur général.

« En cas de refus, qui sera motivé, la partie plaignante pourra saisir la chambre des requêtes de la Cour de cassation ; elle sera dispensée du ministère d'un avocat et de la consignation de l'amende.

« La chambre des requêtes statuera, en la forme ordinaire et en audience publique, après avoir entendu les observations du conseil de la partie plaignante et les conclusions du ministère public. »

Ces divers systèmes, en tant qu'ils inaugurent un débat sur la requête et l'obligation de motiver l'ordonnance qui la refuse, avec la possibilité pour le demandeur d'en faire appel, consacrent une réforme très satisfaisante pour la sécurité des justiciables, sans cesser, pour cela, d'assurer la protection des magistrats.

Nous estimons, en effet, dangereux ce système qui, sous prétexte « qu'il serait de meilleure politique à bien des

1. Les auteurs précédents et M. Jolly, discuss. rapp. Lacoin, *Rev. pén.*, mai 1906, p. 686.

2. M. Lacoin dans son rapport, *Rev. pén.*, juill. 1901, p. 1184, 1192 et suiv. ; propositions Clemenceau et Cruppi, d'après *Rev. pén.*, mars 1905, p 356 et et suiv.

3. M. Garçon, discuss. rapp. Lacoin, *Rev. pén.*, juill. 1901, p. 1156.

4. Le projet officiel de réforme de 1862-1868 et le projet Sarrien de 1898 (art. 6 et suiv.) laissaient, par contre, subsister dans sa forme intégrale l'autorisation préalable.

points de vue de substituer le risque de la poursuite aux difficultés de la poursuite [1] », réclame la suppression pure et simple de l'autorisation préalable. Sans doute nous n'ignorons pas que dans l'opinion de ses partisans cette suppression doit correspondre à une augmentation assez considérable des risques de la poursuite, c'est-à-dire des dommages-intérêts allouables au juge et aussi de l'amende de folle poursuite. Nous ne méconnaissons pas non plus que cette amende, sanctionnée de la contrainte par corps, et combinée avec les règles de l'assistance judiciaire qui fourniraient en la matière une garantie analogue à l'autorisation préalable, suffirait probablement à écarter des magistrats les poursuites téméraires des indigents [2]. Les magistrats cependant n'en demeureraient pas moins livrés à la merci des plaideurs chez qui la solvabilité n'exclut en aucune façon la passion et le ressentiment, de ceux-là qui ne calculent pas, à quelques mille francs près, la satisfaction d'assouvir sur leur juge la vengeance d'un échec qu'ils attribuent à son iniquité.

D'un autre côté, si l'on élève à une somme aussi considérable que le désire M. Morizot-Thibault l'amende de folle poursuite (300 à 10,000 fr.), « de manière à la rendre flexible et applicable à tous les cas [3] », n'est-il pas à redouter que la menace d'une telle pénalité, dont l'application constituerait un véritable désastre financier pour certaines fortunes moyennes, n'aboutisse en définitive à

1. M. Paul Cuche, discuss. rapp. Lacoin, *Rev. pén.*, avril 1906, p. 506. Dès 1873, M. Labbé écrivait dans le même sens : « Une répression des attaques démontrées malveillantes ou inconsidérées vaut mieux qu'un obstacle mis d'avance à la plainte et à la preuve, même et surtout pour l'honneur des magistrats » (note sous Cass., 3 août 1873. S., 76, I, 193). C'est aussi l'avis de M. Glasson (discuss. mémoire Morizot-Thibault, *Compte rendu de l'Académie*, p. 596) et de M. Morizot-Thibault dans son mémoire (p. 578; 590). Le rapport de la commission d'enquête parlementaire sur l'affaire Humbert contient, de son côté, un vœu pour la suppression de l'autorisation préalable (citée par Tirard, *loc. cit.*, p. 49)

2. M. Morizot Thibault, discuss. rapp. Lacoin, *Rev. pén.*, mai 1906, p. 690.

3. Id., *ibid.*

paralyser aussi radicalement que l'autorisation préalable les poursuites des plaideurs. Car bien osé est en général celui qui peut tabler d'une façon certaine sur le succès de son procès, et ce n'est pas en cette matière, où tant d'éléments sont susceptibles d'influencer la décision judiciaire, que les aléas sont à dédaigner, surtout si l'on admet, comme nous le supposons, la responsabilité civile de droit commun des magistrats. Cette part d'incertitude, jointe à la crainte de l'amende, désarmerait le plus grand nombre, et avec une sanction de son échec aussi rigoureuse que celle qu'on propose, la prise à partie deviendrait une procédure de luxe, à l'usage des plaideurs fortunés : ce qui mène très loin assurément du résultat auquel prétendaient aboutir les partisans de ce système.

Donc, à notre avis, la véritable solution est dans une combinaison raisonnable des difficultés et des risques de la poursuite et non dans la substitution absolue de ceux-ci à celles-là. Qu'on conserve l'autorisation préalable sous réserve des tempéraments exposés ci-dessus ; qu'on conserve les amendes de folle poursuite dans leurs formes actuelles et l'on aura un système aussi proportionné que possible aux besoins de la sécurité des justiciables et de la protection des magistrats.

Faut-il conserver le privilège de juridiction ? Le principe du privilège de juridiction est généralement admis, car loin d'être une entrave pour le justiciable dans l'exercice de son action en réparation, il lui offre au contraire des garanties d'indépendance très réelles relativement à la décision à intervenir (cf. *supra*, p. 188).

Quant à la complication, dont nous avons signalé l'inconvénient, du renvoi par la Cour de cassation devant une autre cour que celle qui a accordé l'autorisation préalable au cas où celle-ci ne peut se constituer en audience solennelle, elle disparaîtra si, comme le préconisent la majorité des auteurs et le projet de loi sur la liberté individuelle,

l'autorisation est désormais donnée par le premier président. Ce dernier, ayant connu de la demande, n'aura qu'à s'abstenir et à laisser aux magistrats de la chambre le soin de prononcer sur le fond, en audience solennelle, selon l'article 515 du Code de procédure [1].

La procédure de droit commun pour les officiers de police judiciaire. — Nous nous sommes longuement étendu sur les dangers d'une jurisprudence qui fait participer les officiers de police judiciaire au bénéfice des formes protectrices de la prise à partie. Le remède en est simple. Il suffira, dans les textes qui réglementeront la responsabilité civile des magistrats, d'insérer un article qui déclare inapplicables aux officiers de police judiciaire les règles de l'autorisation préalable et du privilège de juridiction pour que leur poursuite retombe, pour la forme, dans ce droit commun qui les régira déjà pour le fond, selon la théorie générale que nous avons admise [2]. La seule garantie qu'on pourrait leur accorder, sans inconvénient pour les plaideurs, serait le maintien en leur faveur de l'amende de fol appel ; car il importe cependant de ne pas abandonner trop facilement les officiers de police judiciaire, qui demeurent des fonctionnaires d'autorité, à toutes les rancunes de leurs administrés.

1. Le projet de réforme Sarrien, de 1898, avait remédié à l'inconvénient du renvoi en décidant qu'en cas d'impossibilité pour la cour de se constituer, en audience solennelle, hors la présence des magistrats ayant statué sur la requête préalable, la prise à partie au fond serait portée devant une autre cour à désigner par règlement d'administration publique ultérieur.

2. M. Jolly réclame le droit commun pur et simple de la procédure pour la poursuite des officiers de police judiciaire, en matière de violation de la liberté individuelle; par opposition à la poursuite des juges d'instruction pour lesquels il exige l'autorisation préalable du premier président (discuss. rapp. Lacoin, *Rev. pén.*, mai 1906, p. 688).

CONCLUSION

Nous avons envisagé la responsabilité des magistrats envers les particuliers dans son histoire et dans sa forme actuelle de la prise à partie.

Dans son histoire nous avons vu qu'elle était une institution de tous les temps et de toutes les civilisations. Nous avons jeté un rapide coup d'œil sur son évolution dans la législation romaine ; nous l'avons vue renaître sous une forme rudimentaire avec les lois barbares; se transformer au moyen âge pour épouser les rites des procédures féodales; puis reprendre son assiette véritable dans la concession du droit aux dommages-intérêts octroyée aux particuliers sous la royauté, pour atteindre alors son maximum de développement. A chacune de ces époques, nous avons vu ce problème de la responsabilité des magistrats envers les justiciables se résoudre en fonction des mœurs, des besoins sociaux et des maximes politiques contemporaines.

Mais par une anomalie dont les conséquences funestes ne nous ont point échappé, le Code de procédure, après les lois révolutionnaires, s'est contenté de consacrer les résultats acquis à la fin de l'ancien régime, négligeant tout effort qui pût mettre l'institution au niveau des conceptions juridiques modernes. Cela nous valut la prise à partie, système étroit de sa nature et rétréci encore par l'insouciance des auteurs des Codes (notamment du Code d'ins-

truction criminelle) et qui perpétue jusqu'à nos jours, comme une combinaison souverainement protectrice de l'honneur des magistrats, l'ensemble des procédures nées du contact même de la vie judiciaire de l'ancien régime.

Un tel état de choses ne saurait durer longtemps. Il est funeste au bon ordre social et indigne d'un état démocratique. Il faut réédifier solidement la responsabilité civile des magistrats, parce que c'est là la meilleure façon de rendre effective leur responsabilité au sens général et parce qu'il importe à un haut degré que cette responsabilité soit rendue effective.

La recherche d'un système nouveau de responsabilité nous a donc conduit à dégager un certain nombre de réformes dont les grandes lignes peuvent se résumer ainsi :

Pour le fond : 1° Adjonction à l'article 505 du Code de procédure d'un texte attribuant aux magistrats la responsabilité civile de leurs fautes personnelles et à l'État celle de leurs fautes de fonction. L'exemple des législations étrangères, comme nous l'allons voir, atténue ce que l'innovation pourrait avoir de trop hardi.

L'État, de plus, pourrait être rendu, en toute circonstance, garant du paiement des dommages-intérêts du juge en cas de condamnation de celui-ci.

2° Extension de la peine civile du déni de justice aux retards occasionnés par la négligence du juge.

Pour la forme : Substitution du premier président à la Cour d'appel ou à la Cour de cassation pour l'examen de la requête préalable. Le refus de l'autorisation préalable serait rendu, après débats contradictoires et communication au ministère public, par ordonnance motivée dont appel serait possible devant la chambre des requêtes de la Cour de cassation.

Nous sommes persuadé que, jointes aux sanctions civiles dont le législateur aura toujours la libre disposition et dont il ne manquera pas d'user sans doute pour obtenir

une meilleure observation des garanties de la liberté individuelle, ces réformes sont susceptibles d'offrir aux particuliers un moyen de défense parfaitement efficace et satisfaisant, sans menacer en rien la dignité de la magistrature.

La conclusion dernière que nous pouvons dégager de cette étude, c'est donc que l'élargissement de la responsabilité des magistrats envers les particuliers s'impose dans la législation française. L'exemple des pays étrangers qui nous ont devancés dans cette voie achève de lever nos doutes et montre que cette réforme est facilement réalisable.

Exception faite d'un groupe d'États comme la *Belgique*, la *Roumanie* [1] qui ont adopté le texte même de notre Code de procédure, ou comme l'*Italie* [2], les *États-Unis* [3] et aussi — sauf quelques réserves tenant à son organisation judiciaire — l'*Angleterre* [4], qui ont consacré un principe ana-

1. L'art. 305 du *Code de procédure civile romain* reproduit exactement les dispositions du Code de procédure civile français. Cf. *Étude sur la magistrature romaine*, par Radu N. Mandrea (Paris, in-8, 1903), p. 137.

2. M. Brusa, *Rev. pén.*, févr. 1901, p. 311.

3. M. Lewis, *ibid.*, p. 257.

4. En *Angleterre*, où pourtant existe avec une grande rigueur la responsabilité des fonctionnaires en général, la même règle se trouve établie dès le règne de Henri VI « qu'aucun homme ne peut intenter une action contre un juge à raison d'un mauvais jugement rendu par lui ». Cette règle n'a reçu aucune consécration légale, mais elle est établie par une doctrine constante (voir, sur ces points, MM. Esmein et de Franqueville dans la discussion du *Memoire* de M. Morizot-Thibault, p. 591, 611 et 663 ; p. 608 et suiv.).

Il n'y a d'exception que pour les juges de paix qu'une loi de 1848 (Actes 11 et 12, Victoria, ch. 44), après un acte de Georges II en 1751, rend responsables de toute action « accomplie méchamment, sans cause raisonnable ni probable » (M. Larnaude, discuss. rapp. Lacoin, *Rev pén.*, mai 1906, p. 662). La victime, en ce cas, peut, dans les six mois, intenter une action en indemnité devant les juges du ban du Roi qui jugent assistés du jury. M. de Franqueville (discuss. précitée, p. 608 et suiv.) cite deux arrêts sanctionnant ce droit : l'un, de la cour d'assises de Norwich (30 mars 1884), condamne les juges de paix de la cour des petites sessions de Mundford pour avoir « évidemment forcé le sens de la loi » ; l'autre, de la cour du ban de la Reine, du 11 mai 1891, condamne les juges de paix à payer tous les frais d'une instance annulée ensuite d'irrégularités par eux commises.

En matière d'instruction criminelle, d'autre part, une personne arrêtée à

logue à celui de notre article 505 du Code de procédure, nous voyons en effet un grand nombre de législations affirmer la responsabilité civile du juge, soit pour sa faute lourde, soit même pour sa faute ordinaire, aux termes du droit commun.

Dans le premier système, on peut placer la loi fédérale *allemande* du 31 mars 1873 sur les fonctionnaires de l'Empire, qui déclare que « le fonctionnaire, quel qu'il soit, est responsable de toute illégalité commise à dessein ou par négligence et doit en réparer les effets [1]. » Le Code *portugais* [2] (art. 2402), la loi *mexicaine* [3] du 7 janvier 1857 (art. 1785) et le Code civil de *Zurich* [4] contiennent les mêmes dispositions. Le Code pénal d'*Argovie* est plus expressif encore et porte (art. 348) que les juges et fonctionnaires sont responsables de tout préjudice causé « par leur impéritie ou leur morosité dans l'expédition des affaires [5]. »

Le second système est, à notre connaissance, adopté par deux législations : celles de *Suisse* et d'*Autriche-Hon-*

tort, en exécution d'un warrant, n'a pas de recours contre le magistrat qui a délivré le warrant (M. Eardly Wilmot, *Rev. pén.*, févr. 1901, et M. Demenre. *ibid.*, p 201) du moment que l'arrestation est légale. Mais cette rigueur se trouve tempérée du fait de l'institution de l'*habeas corpus*. Hors les cas de trahison ou de félonie, la mise en liberté sous caution est de droit, en effet. En cas de refus du juge ou de l'exigence d'une caution exagérée, le détenu peut réclamer un writt d'*habeas corpus*, en exécution duquel le détenu sera amené devant la cour du ban du Roi qui accordera sa mise en liberté sous caution modérée. En cas de félonie ou trahison, le détenu peut demander aussi le writt, ce qui oblige la cour à ordonner qu'il soit immédiatement jugé ou mis en liberté sous caution.

Tout juge qui refuse d'accorder le writt peut être poursuivi par le détenu et condamné, à son profit, à une amende de 12,500 fr. (M. de Franqueville, discuss. Morizot, p. 608).

1. M. Morizot-Thibault, *Mémoire*, p. 576. Voir aussi, dans le même sens, l'art. 839 du Code civ. allemand cité *supra*.

2. Jos. Willems, *Essai sur resp. civ.*, p. 52, et Morizot-Thibault, *Mémoire*, p. 577.

3. M. Lacoin, dans son rapport, *Rev. pén.*, 1901, juill., p. 1182; Morizot-Thibault, *Mémoire*, p. 576.

4. Jos. Willems, *loc. cit.*, p. 52.

5. M. Morizot-Thibault, *Mémoire*, p. 578.

grie. Le Code fédéral *suisse* des obligations (art. 50 et 64), en effet, « impose à tous les fonctionnaires la même responsabilité qu'aux particuliers, les déclarant tenus des conséquences de leur imprudence et de leur négligence ordinaire [1]. » La loi organique de l'*Autriche-Hongrie* du 21 décembre 1867, plus précise, est ainsi conçue : « L'État ou les fonctionnaires *judiciaires* institués par lui peuvent être recherchés par toute personne lésée, tant par voie d'action que par les autres moyens qu'admettent les lois de procédure, à raison du tort qui lui a été causé par les fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions. Ce droit sera réglé par une loi spéciale. » La loi ainsi prévue fut promulguée le 12 juillet 1872 et déclara : « Quand les voies ordinaires n'assurent pas de remède, la partie lésée peut réclamer la réparation par voie d'action, soit contre les fonctionnaires responsables, soit contre l'État, soit contre tous deux. Est compétente la Cour de justice de seconde instance dans le ressort de laquelle siège le tribunal ou le délégué qui a commis la lésion [2]. » C'est le droit commun [3].

Il faut ajouter que plusieurs lois étrangères, telles celles des *États-Unis* [4], de l'*Italie* [5], qui sont demeurées attachées au système français tant qu'il s'est agi de l'affirmation du principe général de la responsabilité civile des magistrats, n'ont pas hésité à ouvrir une action en indemnité contre le juge d'instruction à raison de toute arrestation arbitraire, même non accompagnée de dol. Elles ne sont point les seules d'ailleurs. Des dispositions semblables se

1. Id., *ibid.*, p. 577.

2 Ces textes sont cités par Lacoin dans son rapport, *Rev. pén.*, mars 1906, p. 406.

3. S'il faut en croire M. Berthélemy (discuss. rapp. Lacoin, *Rev. pén.*, mars 1906, p. 417), l'on aurait tort pourtant d'ajouter une foi trop exclusive à ces textes, car la pratique, en Autriche-Hongrie, se trouve être, sur ce point, paraît-il, beaucoup moins libérale que la loi.

4. M. Lewis, *Rev. pén.*, février 1901, p. 304.

5. M. Brusa, *ibid.*, p. 311.

rencontrent en *Serbie* [1], en *Suède* [2] et, avec le recours contre l'État substitué au recours contre le juge, en *Portugal* [3] et dans les cantons suisses de *Vaud* [4], *Tessin* [5]. L'*Allemagne* [6], le canton de *Genève* [7], le *Japon* [8], la *Russie* [9], au contraire, exigent, pour accorder un recours à la victime, que l'arrestation arbitraire soit accompagnée du dol du juge.

Le législateur français restera-t-il longtemps encore seul en arrière de toutes ces nations ? Nous voulons croire que non et que les projets ébauchés, qui semblent à cette heure sommeiller dans les cartons du Parlement, ne tarderont pas à revenir au jour. En matière de responsabilité des magistrats envers les particuliers comme ailleurs, nous espérons que l'œuvre du progrès juridique s'accomplira.

Vu :

Joseph Delpech.

Vu :

Le doyen de la Faculté de droit de l'Université de Dijon,

E. Bailly.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie,

E. Boirac.

1. M. Vernitsch, *ibid.*, p. 291.
2. M. d'Olivicrena, *ibid.*, p. 304.
3. M. Correvon, *ibid.*, p. 274.
4. M. Chicherio, *ibid.*, p. 276.
5. M. Tavares de Medeiro, *ibid.*, p. 317.
6. M. Mittermaier, *ibid.*, p. 281.
7. M. Guinand, *ibid.*, p. 272.
8. M. Katsumoto, *ibid.*, p. 323.
9. M. Christianovitch, *ibid.*, p. 285.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE VII
INTRODUCTION. 1

PREMIÈRE PARTIE

Historique

CHAPITRE PREMIER. — DROIT ROMAIN 13
SECTION Ire. — La responsabilité civile du judex. 13
SECTION II. — La responsabilité du magistrat 19

CHAPITRE II. — LES LOIS BARBARES ET LE DROIT FRANC 26
SECTION Ire. — Les lois barbares. 26
SECTION II. — Le droit franc 27
A. Époque mérovingienne 27
B. Époque carolingienne 34

CHAPITRE III. — LES COUTUMES FÉODALES 44
SECTION Ire. — La défaute de droit et le faussement de jugement en droit féodal pur. 44
SECTION II. — Transformation des règles féodales. 61

CHAPITRE IV. — LA PÉRIODE ROYALE. 70
SECTION Ire. — Les ordonnances royales 70
SECTION II. — Théorie générale de la prise à partie sous l'ancien régime 91

CHAPITRE V. — LES LOIS RÉVOLUTIONNAIRES ET LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU CODE DE PROCÉDURE 109
SECTION Ire. — Les lois révolutionnaires 109
SECTION II. — Les travaux préparatoires du Code de procédure . . . 111

CHAPITRE VI. — LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES MAGISTRATS DEPUIS LE CODE DE PROCÉDURE. 113

DEUXIÈME PARTIE

La prise à partie dans le Code de procédure, la doctrine et la jurisprudence modernes

CHAPITRE PREMIER. — LA PRISE A PARTIE : LES RÈGLES DE FOND 119
SECTION Ire. — Définition et caractères généraux 119

Section II. — Cas de prise à partie 123
Section III. — Domaine d'application de la prise à partie 137

Chapitre II. — La prise a partie : Les règles de forme 157
Section Ire. — Règles de compétence 157
Section II. — Règles de procédure 160

Chapitre III. — Les effets de la prise a partie. 168

TROISIÈME PARTIE

Examen critique du système de la prise à partie et projets de réforme

Chapitre premier. — Les critiques contre le régime de la prise a partie 175
Section Ire. — La valeur objective de la prise à partie 176
Section II. — L'insuffisance de la prise à partie comme système de responsabilité civile des magistrats 182

Chapitre II. — Projets de réforme. 197
Section Ire. — Intérêt d'une réforme 197
Section II. — Esquisse d'une réforme 204

Conclusion 231

TABLE ANALYTIQUE

Les chiffres renvoient aux pages

Acquittement. L'— de l'accusé source de dommages-intérêts au moyen âge, 66.

Administratifs (Tribunaux —). La prise à partie contre les —, 141.

Alamans. Loi des —. Resp. de mal jugé, 26.

Appel. L'— dans les juridictions ecclésiastiques, 42. — La priorité de l'— sur la resp. des juges pour mal jugé, 42. — La pratique du « ressort » pour défaute de droit contribue à la naissance de l'—, 48. — Le faussement « sans vilain cas », origine de l'—, 61 et 62. — Rôle de l'— dans l'exercice pratique de la resp. des magistrats dans l'ancien droit, 69. — L'— comme de déni de justice, 86. — L'— comme de déni de renvoi, 88.

Arbitraire (Arrestation —). Dans l'ancien droit, 96 et 97. Voir aussi *Instruction criminelle.*

Arbitres. La p. à p. contre les —, 143 et 144.

Autorisation préalable. Son origine, 102, 103. — N'a pas d'effet suspensif dans l'ancien droit, 103. — Dans le Code, 138. — L'— dans le Code 3 brum. an IV, 110. — Le décret de 1870 l'a-t-il abrogé? 115. — L'— dans le Code de proc., 160 et suiv. — Son caractère d'ordre public, 180 et 181. — Critique de l'—, 187. — La réforme de l'—, 226, 227. — Dangers d'une substitution des risques aux difficultés de la poursuite, 227 et suiv.

Avocats et avoués. La p. à p. contre les — et les —. Dans l'ancien droit, 98. — Dans le Code de proc., 139.

Bavarois. La loi des —. Resp. pour jugement dolosif, 27.

Burgondes. La loi des —. Resp. pour déni de justice, 26.

Carolingiens. Organisation judiciaire et resp. des juges sous les —, 34 et suiv.

Commissaires de police. La p. à p. des —, ses abus, 191, 192.

Comte. Resp. du — à l'époque franque, 32. — L'obligation de bien juger sanctionnée par la loi, 32 et 33. — Sa resp. en matière civile, 33; — en matière criminelle, 33. — Garantie de la résidence prise contre lui, 34. — Resp du — à l'époque carolingienne, 36 et 37. — Contrôle disciplinaire du roi, 38; des *missi*, 39, sur les —. — Resp. du — du fait de ses centeniers et vicomtes, 40.

Concussion. Droit romain, 23. — Loi ripuaire, 32, note 2. — Époque mérovingienne, 32. — Période royale, 73, 76 et suiv. — Ord. de 1667, 87. — La — dans l'art. 505 du Code de proc., 123 et suiv.

Conseils de guerre. La p. à p contre les —, 141 et 142.

Cour de cassation. La p. à p. contre la —, 140. — La compétence de la — pour p. à p., 158 et suiv.

Cours d'appel. La compétence des — en matière de p. à p., 157 et suiv.
Cours souveraines. La resp. des — sous la période royale, 74. — Discussion de leur responsabilité, 80. — Sont irresponsables de leur déni de justice, 85 et note 3.

Décret du 19 sept. 1870. Controverse sur la portée du — en matière de p. à p., 114 et suiv.
Défaute de droit. Cas de —, 46. — Qui peut s'en prévaloir, 46. — Les sommations préalables, 46. — Compétence de la cour suzeraine, 47 et suiv. — L'appel de — peut de degré en degré arriver au roi, 48. — Absence de combat judiciaire, 49. — Portée de cette règle, 50. — Effets de l'ajournement de — : exemption de juridiction, 50. — Effets du jugement de — sur l'appelant et l'appelé, 51. — La — des juridictions municipales et ecclésiastiques, 52.
Déni de justice. Droit romain, 14. — Loi des Burgondes, 26. — Epoque mérovingienne, 29, 33. — Époque carolingienne, 39. — Moyen âge, 46 et suiv. — Ordonn. de 1667, 84 et suiv. — Art. 505 du Code de proc., 127 et suiv.
Déni de renvoi. Ancien droit, 72. — Ord. de 1667, 88.
Diffamation. La — et l'art. 505 du Code de proc., 133 et suiv.
Disciplinaire. La resp — des magistrats, 120, 121. — Son insuffisance, 198.
Dol et fraude. Droit romain, 22 et suiv. — Loi des Alamans, 26 et suiv. — Loi des Bavarois, 27. — Époque mérovingienne, 30. — Moyen âge, 65. — Ordonn. royales, 75 et suiv. — Jurisprudence et doctrine de l'ancien droit, 92 et suiv. — Définition, 123, 124.

Ecclésiastiques (Juridictions). Resp. des — à l'époque carolingienne, 41. — Appel de mal jugé à l'intérieur des —, 42. — L'appel aux *missi* de déni de justice des —, 42. — La défaute de droit des — au moyen âge, 53. — Le déni de justice des — dans l'ord. 1667, 85. — Leur resp. générale dans l'ancien droit, 101 et suiv. — Compétence du parlement en cette matière, 105, 106.
Édit de 1540. Contient la première formule législative de la prise à partie, 76 et suiv. — Son interprétation dans la doctrine et jurisprudence, 92 et suiv.
Effets de la prise à partie. Ancien droit, 707 et suiv. Dans le Code proc. civ., 168 et suiv. — — vis-à-vis du juge et du plaignant, 168. — — vis-à-vis des jugements, 169.
État. La resp. civ. de l'État du fait des magistrats, 3. — Discussion du principe et sa consécration dans la L. de 1895, 3 et 4. — Réforme désirable, 4 et 5. — Ses limites nécessaires, 6 et suiv.
Évêques. Pouvoir de contrôle et de surveillance des évêques sur les juges à l'époque franque, 31 et suiv. — A l'époque carolingienne, 41.

Faussement de jugement. Définition, nature et formule, 53. — Formalité préalable du délaissement d'hommage, 54. — Compétence et examen préalable de la cour du suzerain, 55. — Exception à cette compétence, 56. — Le — de la cour entière, 54 et 55. — Le — des baillis et jugements du seigneur, 55. — Absence de — pour les arbitres, 56. — Personnes privées de ce recours, 57 ; le vilain, 56 et 57 ; les personnes non admises au duel judiciaire, 57. — Matières pour lesquelles le — est exclu, 57 et 58. — Délai de l'ajournement et de la preuve, 58. — Les excuses, 58. — Exemption de la compétence du suzerain, 58. — Sanctions exclusivement pénales, 59 et suiv. — Transformation du — : appel avec ou sans vilain cas, 61. — Conséquence : substitution du procès à l'acte au procès à la personne, 62. — Organisation

de l'appel en amendement de jugement, 62. — Prohibition des duels judiciaires, 63. — Changement de nature de la resp. des juges, 64 et suiv.

Faute. Resp. civile des magistrats pour —. Droit romain, 22. — La — et l'art. 505 Code proc., 131 et suiv. — Projets de réforme, 205 et suiv.

Féodales (Les coutumes). L'organisation judiciaire d'après les — et son influence sur la resp. des juges, 44 et suiv. — La justice — et la seigneuriale, 45. — L'appel de défaute de droit, 46. — Le faussement de jugement, 53. — Sa transformation, 61.

Franc (Le droit). A. Époque mérovingienne, 27. — Organisation judiciaire. Resp. des rachimbourgs, 29 et suiv. — Resp. du comte, 32 et suiv. — B. Époque carolingienne, 34. — Organisation judiciaire, 34. — Compétence du tribunal du roi, 35. — Compétence des *missi*, 38. — Resp. du centenier et du vicomte, 40 ; — des immunistes et juridictions ecclésiastiques, 41.

Gardes, champêtres, forestiers et particuliers, 152. — La prise à partie contre les —, 152. — Ses dangers, 193.

Greffiers. La prise à partie contre les —, 140.

Héritiers. La prise à partie contre les —. Anciens droits, 107, 108. — Code de proc., 156.

Illégalité. L' — source de resp. des juges. Droit romain, 15. — Loi des Wisigoths, 26. — Époque mérovingienne, 33. — Ordonn. 1667, 87, 95 et suiv.

Immunistes. La resp. des —, 41.

Imprudentia. La resp. du *judex* pour —, 16.

Instruction criminelle. Resp. des juges en matière d' —. — Moyen âge, 65 et 66. — Période royale, 74 et 75. — Ordonn. 1670, 90 et 91. — C. i. cr., 125 et suiv.

Instruction (Juges d'). Les abus des —, 185, 186.

Irresponsabilité des magistrats. Son existence à l'heure actuelle, 197. — Danger social, 199. — Anomalie politique, 200. — Solution dans la resp. civ. des magistrats, 201.

Judex. Cas de resp. du —, qui *litem suam fecit*, 13. — Sanction : substitution du — au plaignant, 17 ; action directe contre le —, 18.

Jugé (Mal jugé). La resp. de —. Lois des Alamans, 27. — Époque mérovingienne, 30. — Époque carolingienne, 35 et suiv., 40. — Moyen âge, 53. — Ancien droit, 66 et suiv. — Sanction pénale, 67. — Sa disparition, 76 et 77. — L'irresp. de — doit être maintenue, 213 et suiv.

Jurés. La prise à partie contre les —, 141.

Législations étrangeres. Le système français dans les —, 233. — Resp. pour faute lourde, 234. — Droit commun, 234. — Resp. du juge d'instruction pour faute lourde, 235. — Pour dol, 236.

Liberté individuelle. Le système de garanties de la — dans le C. i. cr. Caractère, 178 et suiv. — Réforme : peines civiles accessoires garanties de la —, 223 et 224.

Magistratus. La resp. du — romain, 19. — Garanties prises contre lui, 20 — Resp. du — à raison de ses actes de juridiction, 21. — Sa resp. criminelle, 21. — Sa resp. civile, 21. — *Injuria*, 22. — *Furtum*, 22. — Dol, 23. — Les *leges repetundarum*, 23 et suiv. — Formes de la poursuite du —, 24.

Maires. La prise à partie contre les —, comme officiers du ministère public, 146. — Officiers de police judiciaire, 151. — Les dangers, 192.

Mérovingienne (Époque). Organisation judiciaire et resp. des juges à l' —, 27 et suiv.

Ministère public. La prise à partie contre le —, 145 et suiv.
Missi dominici. Leur rôle général, 38. — Leur rôle spécial en matière d'administration de la justice, 39. — En cas de déni de justice des officiers et des *vassi* royaux, 39; des juridictions ecclésiastiques, 43. — En cas de mal jugé, 40. — Leur pouvoir en cas de déni de justice ou mal jugé des immunistes, 41. — Immixtion des *missi* dans les juridictions ecclésiastiques, 42.
Moyen âge. Voir mot *Féodal.*
Municipales (Juridictions). La défaute de droit des —, 52.

Notaires vérificateurs d'études. La prise à partie contre les —, 153.
Nullités de procédure. La resp. civile des magistrats pour —. — Droit romain, 14 et 15. — Époque mérovingienne, 34. — Période royale, 71. — Ordonn. de 1667, 87. — Ordonn. de 1670, 89. — Art. 505 Code proc., 126.

Officiers de police judiciaire. La prise à partie contre les —. Discussion, 147 et suiv. — Maires, 151. — Gardes champêtres, forestiers et particuliers, 152. — Préfets, 155. — Ses dangers, 190 et suiv. — Réforme : le droit commun pour le fond et la forme, 230.
Ordonnances royales. La resp. des magistrats dans les — antérieures à 1667, 71. — Cas : nullités de procédure, 71; conflits de juridiction et dénis de renvoi, 72; trop perçu en matière d'épices, 73. — Portée de ces prescriptions, 74. — Leur caractère, 75. — Leur rôle dans l'élaboration d'une théorie générale de responsabilité civile, 75 et suiv.
Ordonnance de 1667. Les travaux préparatoires de l' —, relativement à la resp. civile des magistrats, 79 et suiv. — Critiques de Lamoignon, 79 et suiv. — Réponse de Pussort, 81. — Aspect politique de cette discussion, 81 et suiv. — Cas de dommages-intérêts des juges portés par l' —, 83 et suiv.
Ordonnance de 1670. Travaux préparatoires, 89. — Cas de prise à partie contenus dans l' —, 90 et 91.

Parlement. Compétence du — en matière de prise à partie, 104 et suiv.
Préfets. La prise à partie contre les —, 155. — Ses dangers, 193.
Prise à partie. Définition, 120. — Caractère civil, 120. — Caractère de droit strict, 102 (ancien droit, 121 et 122). — Caractère d'ordre public, 122. — La théorie de la — dans le Code de proc., 119 et suiv. — Sa valeur objective au point de vue législatif, 176; jurisprudentiel, 181. — Son insuffisance, 182 et suiv. — Critiques des textes législatifs pour le fond, 183; pour la forme, 187. — Critique de la jurisprudence, 189. — Nullité des résultats, 195.
Privilège de juridiction. Critique du —, 188 et 189. — Réforme du —, 229.
Procureurs. La responsabilité des — sous la royauté, 74, 98 et suiv.; pour arrestation arbitraire, 97. — Voir aussi mot *Ministère public.*
Prud'hommes. La prise à partie contre les —, 142 et 143.

Rachimbourgs. Leur rôle dans l'organisation judiciaire et la nature de leurs décisions, 28. — La resp. des — pour déni de justice, 29; pour mauvais jugement, 30 et suiv.
Réforme. Les projets de — au cours des XIX^e^ et XX^e^ siècles, 113 et 114. — Élaboration d'un projet de —. — Nécessité d'une —, 197. — Position de la question, 204 et suiv. *Pour le fond :* Le droit commun de l'art. 1382 étendu aux magistrats, 205 et suiv., 208 et suiv. — Portée de cette extension, 208, 211, 219 et suiv. — Sa justification, 209 et suiv. — Fautes de fonction et fautes personnelles, 212 et suiv. — Irresponsabilité pour mal jugé, 213; pour erreurs d'instruction, 215. — Résultats d'une

telle réforme, 216 et suiv. — Peines civiles accessoires de la resp. civile de droit commun, 223 et suiv. — Les partisans du droit commun, 220 et 221. — Les partisans de la resp. pour faute lourde, 221 et suiv. — *Pour la forme :* Position de la question, 225 et suiv. — Réforme de l'autorisation préalable, 226 et 227. — La procédure de droit commun pour les officiers de police judiciaire, 230.

Responsabilité civile. Les avantages de la — sur la resp. pénale et disciplinaire des magistrats, 201 et suiv.

Responsabilité pénale. Code pénal, 119 et 120. — Son insuffisance, 198.

Révolution. Les lois de la — sur la resp. civile des magistrats, 109 et suiv.

Roi. Tribunal ou cour du —. Compétence du — pour mauvais jugement et déni de justice des rachimbourgs, 31. — Pour mal jugé des comtes et scabins, 35. — Formes et solution de l'appel au —, 36 et 37. — Appel de déni de justice, 37. — Les concessions d'appel au —, 37 et 38. — Pouvoirs disciplinaires du —, 38. — Subsistance de cette compétence au moyen âge, 48 et 64.

Royale (Période), 70 et suiv. — Caractère de la resp. des magistrats sous cette période, 70 et suiv.

Salique (Loi). Déni de justice et mauvais jugement des rachimbourgs, 29 et 30. — Exactions des officiers royaux, 32.

Scabins. Resp. des —, 36.

Seigneurs. Resp. des — du chef de leurs justiciers, 68, 99 et suiv.

Torture. Resp. des justiciers pour irrégularités dans l'emploi de la —, 65 et 66.

Wisigoths. Loi des —. Resp. de mal jugé, 26.

BESANÇON. — IMPRIMERIE JOSEPH JACQUES